

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO



TESIS DOCTORAL

La equidad entre naciones en el sistema fiscal internacional

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Ubaldo González Frutos

DIRECTOR

Fernando Serrano Antón

Madrid, 2018



Universidad Complutense de Madrid

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Financiero y Tributario

Tesis doctoral

**LA EQUIDAD ENTRE NACIONES EN EL SISTEMA FISCAL
INTERNACIONAL**

Presentada por

D. Ubaldo J. González de Frutos

Dirigida por

Dr. D. Fernando Serrano Antón

Madrid, diciembre de 2016

**PÁGINA RESERVADA PARA
CERTIFICADO DEL DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO**

**PÁGINA RESERVADA PARA
CERTIFICADO DEL DIRECTOR DE LA TESIS**

LA EQUIDAD ENTRE NACIONES EN EL SISTEMA FISCAL INTERNACIONAL

Por

D. Ubaldo J. González de Frutos

Dirigida por

Prof. Dr. D. Fernando Serrano Antón

Tesis propuesta para el doctorado en

Derecho

Departamento de Derecho Financiero y Tributario

Universidad Complutense de Madrid

Madrid, diciembre de 2016

LA EQUIDAD ENTRE NACIONES EN EL SISTEMA FISCAL INTERNACIONAL

Para mi esposa Concha, y para Irene y Virginia, nuestras hijas, por su apoyo y comprensión, y por las muchas horas que dediqué a este trabajo cuando podía haberlas pasado con ellas

Para Fernando y Luz María, por su docto consejo, su confianza infinita y su apoyo en los momentos de flaqueza

Para mis hermanas y, sobre todo, para mi madre, por tantas razones

LA EQUIDAD ENTRE NACIONES EN EL SISTEMA FISCAL INTERNACIONAL

Las prioridades políticas actuales en materia de fiscalidad internacional ponen de relieve la necesidad de garantizar el pago del impuesto allí donde se generen los beneficios y el valor. Así pues, es imprescindible restablecer la confianza en la equidad de los sistemas fiscales y permitir a los gobiernos ejercer de forma eficaz su potestad tributaria

(Directiva del Consejo contra la Elusión Fiscal UE 2016/1164, de 12 de julio)

To reach a globally fair and modern international tax system, we endorse the package of measures developed under the ambitious G20/OECD BEPS project

(G-20, Cumbre de Antalya, Noviembre de 2015)

RESUMEN

Objetivos

La presente tesis doctoral se orienta a la consecución de varios objetivos. El primero es perfilar el concepto de la equidad entre naciones e identificar el rol que juega en el sistema fiscal internacional vigente, con especial atención a los países en desarrollo. El segundo es coherenciarlo con los estándares internacionales de fiscalidad después del proceso de BEPS para establecer hasta qué punto aquél se materializa en éstos, ofreciendo un marco analítico para posibles reformas. Enunciado de este modo, se revela la magnitud del estudio, que abarca los principales elementos de la fiscalidad internacional, como los tratados fiscales, los posibles mecanismos redistributivos desde el punto de vista de un incipiente multilateralismo, los precios de transferencia, la imposición unitaria o formularia y el informe país por país.

Por consiguiente, se trata de analizar sistemáticamente un elenco de problemas de erosión de base y traslado de beneficios con incidencia particular en los países en desarrollo, constriñendo su capacidad recaudatoria y por consiguiente reduciendo sus posibilidades de financiar los Objetivos de Desarrollo Sostenible recién definidos por Naciones Unidas.

Metodología

Partimos de la hipótesis de que la incorporación de más países al proceso político para establecer las normas que gobiernan el sistema fiscal internacional permitirá incrementar su equidad, tanto en el plano de la atribución convencional de potestades tributarias como en el efectivo ejercicio de las mismas por parte de los países menos desarrollados. Para verificarla se ha utilizado el método hipotético-deductivo. Partiendo de una realidad compleja formulamos un modelo explicativo que busca desentrañar la problemática mediante una hipótesis, la cual contrastamos después de modo empírico. Como veremos, el resultado es que se confirma su validez, pues la teoría no ha sido rechazada. Todo lo contrario, veremos que la hipótesis tiene un importante valor explicativo –el sesgo del sistema vigente se debe a la participación de un número limitado y homogéneo de países– y un nada desdeñable potencial predictivo: la inclusividad puede alumbrar un sistema más equitativo.

Resultados

Veremos cómo el sistema fiscal internacional está aquejado de una relativa inequidad y defenderemos que la mejora se puede lograr mediante la inclusión de nuevos actores, una

estrategia y un objetivo que respaldan las organizaciones internacionales más relevantes: la OCDE, el G20, el FMI y el Banco Mundial.

La inequidad en el sistema de fiscalidad internacional vigente quedará acreditada en el capítulo 3 (Financiación para el Desarrollo) y en el 4 (Los Países en Desarrollo en la Fiscalidad Global). Con ello habremos identificado las variables importantes y los hechos relevantes, entre los cuales destaca el Proyecto BEPS.

Se realiza un esfuerzo dogmático-jurídico para la definición de la equidad en el sistema fiscal internacional en el marco de sus principios constitutivos (Capítulo 2). Los siguientes capítulos examinan los problemas de equidad horizontal (Capítulo 5) y vertical (capítulo 6) dentro del universo de los tratados, estudiando también la solución multilateral como la más coherente con la inclusividad, y la de mayor potencial desde el punto de vista de la equidad. No obstante, y pese al éxito cosechado con el Instrumento Multilateral de BEPS, la prudencia es obligatoria por las dificultades inherentes a la acción internacional concertada.

Veremos también hasta qué punto se garantiza la equidad en el vigente sistema de los precios de transferencia, una vez que las *Directrices* de la OCDE han sido reformadas por BEPS, llegando a la conclusión de que los avances son muy importantes, tanto en el ámbito sustantivo como en el de la transparencia con el Informe País-por-País. El Capítulo 10, finalmente, examinará la cuestión de la fiscalidad unitaria o formularia como alternativa a los precios de transferencia, teniendo en cuenta el relanzamiento del proyecto de la Base Imponible Común y Consolidada en el impuesto de Sociedades por la UE.

Conclusiones de la investigación

En un mundo esencialmente desigual, donde las Haciendas de los países en desarrollo siguen careciendo de los recursos necesarios, la relación entre la fiscalidad internacional y el desarrollo preocupa a la sociedad civil, a la doctrina y a las Organizaciones Internacionales. La equidad en el sistema fiscal internacional tiene una doble dimensión, la relacionada con la aplicación práctica, manifestada en operaciones de erosión de base y traslado de beneficios (BEPS), agravada por la desigual situación de las administraciones en desarrollo, y la dimensión estructural, de diseño del sistema, donde se aprecia un sesgo hacia los países desarrollados por motivos históricos y políticos. El mundo globalizado ha de eliminar esos sesgos mediante políticas inclusivas.

Transformar el sistema requiere reconocer que la equidad es un principio fundamental que no puede estar subordinado a la eficiencia económica. A partir de nuestra definición de la equidad

fiscal internacional en su doble dimensión, estructural y de aplicación práctica, se puede caminar hacia un nuevo entendimiento. Se trata de mejorar la “sustancia” –utilizando la terminología de BEPS–, pero también de instilar mayor equidad en los fundamentos del sistema.

La equidad tiene también una dimensión vertical –tratamiento diferenciado de los países en función de su renta per cápita– pero no es un objetivo alcanzable por el momento: las políticas redistributivas se ejercen por los Estados-nación y no hay instancia supra-gubernamental que pudiera garantizarlas, aunque este concepto ofrece amplias perspectivas para la mejora de la equidad en los convenios fiscales bajo la óptica de un pujante multilateralismo.

Las nuevas Directrices de Precios de Transferencia, incluido el Informe país-por-país, han supuesto un gran avance en la equidad, aunque en teoría el resultado sería mejor si se sustituyera el principio de libre competencia por un modelo de imposición unitaria mundial, al estilo de la Base Imponible Común y Consolidada propuesta en la UE, alternativa que, con todo, hay que tomar con prudencia: el sistema sería tan susceptible al abuso como el de los precios de transferencia, requeriría un difícil consenso político, y el modelo implica administración y control unitario, algo para lo que la comunidad internacional no está todavía preparada.

Del mismo modo que tratar una enfermedad implica haberla diagnosticado, mejorar la equidad del sistema exige ser consciente de sus raíces. Se puede, en consecuencia, sostener que la inclusión de más países en el diálogo político internacional, tanto para mejorar las reglas existentes y como para facilitar su aplicación, es el camino para mejorar la equidad del sistema fiscal internacional.

ABSTRACT

Objectives

This thesis aims to achieve several goals. The first one is to outline the concept of equity among nations and identify its role in the current international tax system, with a special focus on developing countries. The second is to examine how this principle is embodied within current international tax standards –after the BEPS process– to provide an analytical framework for potential further reforms. The study could, in consequence, be considered very broad and covers most of the obstacles to tax fairness found in international taxation, including the distribution of jurisdiction or taxing rights via tax treaties, the lack of redistributive mechanisms, the debate around transfer pricing and unitary taxation, and the novelty of country by country reporting.

The study, therefore, systematically analyses a broad range of Base Erosion and Profit Shifting problems, with a particular focus on developing countries, since these issues limit their capacity to mobilise domestic resources and their ability to finance the Sustainable Development Goals recently defined by the United Nations.

Methodology

My hypothesis considers that equity in the international tax system is likely to increase if more countries are invited to take part in the political dialogue, both in terms of a more balanced allocation of tax jurisdiction and the effective implementation of the tax rules by least developed countries. To test this hypothesis I use the hypothetical-deductive method. Based on the analysis of a complex reality I thus formulate an explanatory model that would seek to unravel the complexity of these problems. I then empirically contrast the hypothesis, affirming its validity insofar as the theory has not been rejected. In fact, I encounter the contrary: the hypothesis has an important explanatory value -the bias of the current system is due to the participation of a limited and homogeneous number of countries- and a significant predictive potential, namely that inclusivity can bring about a fairer international tax system.

Results

I find that the international tax system is affected by relative inequality and that inclusion of new actors into the international dialogue is likely to increase its fairness. This vision is supported by the most relevant international organizations: the OECD, the G20, the IMF and the World Bank.

The relative inequity of the international tax system is established in Chapters 3 (Financing for Development) and 4 (Developing Countries in Global Taxation). Here I identify important variables and relevant facts, amongst them those underlying the BEPS project. I also make a notional effort to define equity or fairness in the international tax system within the framework of its constituent principles (Chapter 2). The following chapters examine the problems of horizontal (Chapter 5) and vertical (Chapter 6) equity within the universe of treaties, looking at the multilateral scenario as the most consistent with inclusiveness and of greater potential to increase fairness, but I note that, despite the success in the Multilateral Instrument to Implement BEPS, prudence is advised given the difficulties inherent with concerted international action.

I also test the equity of the BEPS-revised *Transfer Pricing Guidelines*, concluding that substantive progress has been made towards equity both in the substance of the TPG and in respect of transparency with country-by-country reporting. Chapter 10, finally, looks at unitary taxation as a potential alternative to transfer pricing, taking into account the relaunch of the Common and Consolidated Corporate Tax Base Project within the EU.

Findings

In an essentially unequal world where developing countries lack the necessary resources, the relationship between international taxation and development is an issue of concern for international organizations, civil society and academia. Equity in the international tax system has a dual dimension, one related to how the system is implemented in practice, as revealed by base erosion and profit shifting (BEPS) strategies, particularly in developing nations where revenue bodies are less capable of addressing them, as much as a structural dimension, with a bias towards developed countries grounded in historical and political reasons. In a globalised world these biases need to be rectified through inclusive policies.

Transforming the system would require recognition that equity is a fundamental principle which cannot be subordinated to economic efficiency. Building on a fresh definition of international tax equity in its two dimensions, structural and practical, we can move towards a new understanding. The aim is to improve the "substance" of the system -using BEPS terminology- but also to instil greater equity into the fundamentals of the system.

Equity also has a vertical dimension –treatment of nations differentiated by income per capita- but this goal remains out of reach as redistributive policies are implemented by Nation-states and, in the absence of a supra-governmental body, there is no guardian for vertical equity.

Nevertheless, there remains a fundamental field of action in improving tax equity in tax treaties, and the multilateral approach looks very promising.

The revised Transfer Pricing Guidelines, including country-by-country reporting, have made a significant contribution towards inter-nation equity. In theory, substituting the current model by unitary taxation, as in the Common Consolidated Tax Base system proposed by the European Commission, would further support inter-nation equity, however this alternative is not pragmatic as: a unitary system would be susceptible to abuse as much as transfer pricing is; it would require hard-to-achieve political consensus; and the unitary taxation model requires unitary administration and audit, something the international community is not ready to implement yet.

In much the same way as treating a disease would involve a diagnosis first; an awareness of its root causes is the first step towards improving the fairness of the international tax system. It can therefore be argued that the inclusion of more countries in the international political dialogue, both in reforming existing rules and supporting its effective implementation, is the way to improve the fairness of the international tax system.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

BICC	Base Imponible Común y Consolidada
CDI	convenio de doble imposición
CFC	normas de transparencia fiscal internacional
CMCV	cadenas mundiales de creación de valor
FpD	Financiación para el Desarrollo
IED	Inversión extranjera directa
IPPP	informe país por país
ITIE	Iniciativa de Transparencia en la Industria Extractiva
MCOCDE	Modelo de Convenio de la OCDE
MCONU	Modelo de Convenio de Naciones Unidas
MNEs	Entidades Multinacionales
OECE	Organización para la Cooperación Económica Europea
ODM	Objetivos de Desarrollo del Milenio
ODS	Objetivos de Desarrollo Sostenible
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMC	Organización Mundial del Comercio
PDNU	Programa de Desarrollo de Naciones Unidas
ONGs	Organizaciones no gubernamentales
PVD	Países en vías de desarrollo
PWYP	<i>Publish what you pay</i> , Publique lo que Paga
RIS	Reglamento del Impuesto de Sociedades
RSC	responsabilidad social corporativa
TPI	tratados bilaterales de protección de inversiones

ÍNDICE DE TABLAS E ILUSTRACIONES

TABLAS

<i>Tabla 1: Problemas de fiscalidad internacional para los países en desarrollo.</i>	36
<i>Tabla 2: Los principios de la imposición según Neumark</i>	60
<i>Tabla 3: Los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas:</i>	96
<i>Tabla 1: Los principios de la Declaración de París sobre la Eficacia de la Ayuda</i>	99
<i>Tabla 5: Conclusiones de estudios sobre efectos de los TPI sobre la IED</i>	163
<i>Tabla 6: Residencia y fuente en la filosofía del derecho internacional tributario</i>	193
<i>Tabla 7: Tipología de efectos colaterales de la fiscalidad internacional</i>	218
<i>Tabla 8: Criterios de Blum para la elección entre instrumentos bilaterales y multilaterales</i>	232
<i>Tabla 9: Modificaciones introducidas por BEPS en las Directrices de Precios de Transferencia</i>	252

ILUSTRACIONES

<i>Ilustración 1: Los principios básicos en el sistema fiscal</i>	56
<i>Ilustración 2: Consecución del Objetivo 1 de los ODM, “Erradicar la pobreza extrema y el hambre”</i>	93
<i>Ilustración 3: Tipos nominales de gravamen en el I. Sociedades entre 1980 y 2013</i>	223

ÍNDICE TEMÁTICO

RESUMEN	7
ABSTRACT	10
ÍNDICE DE ABREVIATURAS	13
ÍNDICE DE TABLAS E ILUSTRACIONES	14
ÍNDICE TEMÁTICO	15
1. La equidad fiscal entre naciones como objeto de estudio	21
1.1. - INTRODUCCIÓN	21
1.2.- LA REFORMA DE LOS ESTÁNDARES DEL SISTEMA FISCAL INTERNACIONAL A PARTIR DEL PROYECTO BEPS Y SU INCIDENCIA SOBRE LA EQUIDAD FISCAL INTERNACIONAL	24
1.3.- FISCALIDAD SOCIETARIA INTERNACIONAL Y DESARROLLO.....	31
1.4.- OBJETIVOS DE ESTA TESIS DOCTORAL	38
1.5.- HIPÓTESIS	39
1.6.- METODOLOGÍA EMPLEADA.....	40
1.7.- CONTENIDO	43
2.- Los principios del sistema tributario internacional, en particular, el principio de equidad.	49
2.1.- PRESENTACIÓN	49
2.1.- SOBRE LA EXSITENCIA DEL SISTEMA TRIBUTARIO INTERNACIONAL	50
2.2.- LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL SISTEMA.....	54
2.2.1.- LOS PRINCIPIOS ECONÓMICOS DE LA FISCALIDAD INTERNACIONAL	58
2.2.2.- LOS PRINCIPIOS JURIDICOS DE LA FISCALIDAD INTERNACIONAL .	60
2.2.3.- OTROS PRINCIPIOS JURÍDICOS DE LA FISCALIDAD INTERNACIONAL	78
2.3.- CONCLUSIONES	82

3.- La fiscalidad internacional en el sistema de fuentes de financiación para el desarrollo	85
3.1.- INTRODUCCIÓN	85
3.2.- LA FINANCIACIÓN PARA EL DESARROLLO EN EL ORDEN ECONÓMICO INTERNACIONAL	88
3.2.1.- UN NUEVO EQUILIBRIO DE PODERES Y EL G-20	91
3.2.2.- LA ATENCION DEL G-20 A LOS PAÍSES EN DESARROLLO	92
3.2.3.- LA AGENDA DE NACIONES UNIDAS PARA DESPUÉS DEL CICLO DE LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO DEL MILENIO	93
3.2.4.- LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE	95
3.3.- LA AYUDA OFICIAL AL DESARROLLO Y SU DECRECIENTE IMPORTANCIA	98
3.4.- EL ROL DE LA DEUDA PÚBLICA EN LA FINANCIACIÓN DEL DESARROLLO.	100
3.5.- INGRESOS TRIBUTARIOS Y OTROS DE DERECHO PÚBLICO	101
3.6.- LA MOVILIZACIÓN DE LOS RECURSOS NACIONALES COMO FUENTE PRIMORDIAL DE FINANCIACIÓN PARA EL DESARROLLO.	102
3.7.- CONCLUSIONES	107
4.- Los países en desarrollo en la fiscalidad global	109
4.1.- INTRODUCCIÓN	109
4.2.- LA IMPORTANCIA DE LAS MULTINACIONALES	116
4.3.- LAS CADENAS MUNDIALES DE CREACIÓN DE VALOR	118
4.4.- LA IMPORTANCIA DEL GOBIERNO CORPORATIVO	119
4.5.- LA TRANSPARENCIA COMO ELEMENTO VERTEBRADOR FUNDAMENTAL	124
4.5.1.- LA TRANSPARENCIA EN LA FISCALIDAD INTERNACIONAL	124
4.5.2.- LA TRANSPARENCIA EN LAS MULTINACIONALES	126

4.5.3.- TRANSPARENCIA EN LA EXPLOTACION DE LOS RECURSOS NATURALES	127
4.5.4.- LA TRANSPARENCIA COMO PRINCIPIO VERSUS LA RESERVA TRIBUTARIA.....	129
4.6.- CONCLUSIONES	130
5.- Equidad horizontal y tratados fiscales	133
5.1.- INTRODUCCIÓN	133
5.2.- CONVENIOS FISCALES Y PAÍSES EN DESARROLLO.....	135
5.3.- FUNCIONES DE LOS CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICION.....	141
5.4.- EFECTOS DE LOS CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN SOBRE LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA	146
5.5.- LA RELACION ENTRE LOS CONVENIOS FISCALES Y LOS TRATADOS DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES	158
5.6.- ¿DEBEN FIRMAR TRATADOS LOS PAÍSES EN DESARROLLO?.....	164
5.7.- CONCLUSIONES	168
6.- Equidad vertical y redistribución internacional	171
6.1.- INTRODUCCIÓN	171
6.2.- EL BINOMIO DE RESIDENCIA Y FUENTE	180
6.3.- HACIA UN EQUILIBRIO ENTRE FUENTE Y RESIDENCIA	187
6.4.- FUNDAMENTOS DE UN ENFOQUE NUEVO	191
7.4.1 LA TRADICIÓN DEL BENEFICIO MUTUO	193
7.4.2 LA TRADICIÓN COMUNITARIA	194
6.4.1.- LA TRADICIÓN VOLUNTARISTA.....	195
6.4.2.- EL ENFOQUE DE LA ASIGNACIÓN	197
6.5.- CONCLUSIONES	200
7.- Equidad entre naciones y multilateralismo	205

7.1.- INTRODUCCIÓN	205
7.2.- ANTECEDENTES.....	210
7.3.- EXTERNALIDADES NEGATIVAS EN LA FISCALIDAD INTERNACIONAL	216
7.4.- EL ESTADO-NACIÓN COMO MARCO.....	225
7.4.1.- COSMOPOLITISMO Y NACIONALISMO.....	225
7.4.2.- ORIENTACIONES INTERMEDIAS	228
7.5.- LA CONSTRUCCIÓN DEL NUEVO MULTILATERALISMO FISCAL	230
7.5.1.- CONTRIBUCIÓN AL AVANCE DEL IMPERIO DE LA LEY	232
7.5.2.- EFECTIVIDAD PRÁCTICA DEL RÉGIMEN ESTABLECIDO.....	237
7.5.3.- LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA E INSTITUCIÓN QUE LO AUSPICIA..	241
7.6.- LA CONVENCIÓN MULTILATERAL DE BEPS	245
7.7.- CONCLUSIONES	248
8.- La equidad en los precios de transferencia después de BEPS	251
8.1.- INTRODUCCIÓN	251
8.2.- GÉNESIS DE LA REFORMA. EL INFORME Y EL PLAN DE ACCIÓN DE BEPS.	253
8.3.- EVOLUCIÓN, NO REVOLUCIÓN.....	259
8.4.- LAS REFORMAS SUSTANTIVAS: LAS ACCIONES 8, 9 Y 10	261
8.4.1.- LA DELINEACIÓN EXACTA DE LAS OPERACIONES	263
8.4.2.- RIESGOS	267
8.4.3.- INTANGIBLES	269
8.4.4.- SÚPER-CAPITALIZACIÓN.....	273
8.4.5.- LA REFORMA VENIDERA DEL MÉTODO DE DISTRIBUCIÓN DEL RESULTADO	274
8.4.6.- TRANSACCIONES CON MATERIAS PRIMAS	275
8.4.7.- SERVICIOS DE ESCASO VALOR AÑADIDO	277

8.4.8.- ACUERDOS DE REPARTO DE COSTES.....	281
8.4.9.- ECONOMÍAS DE UBICACIÓN.....	282
8.5.- OTRAS ACCIONES CON INCIDENCIA SOBRE LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA	285
8.5.1.- ACCIÓN 4. LIMITAR LA EROSIÓN VÍA INTERESES Y OTROS PAGOS FINANCIEROS	285
8.5.2.- ACCIÓN 14. HACER MÁS EFECTIVOS LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS	285
8.6.- CONCLUSIÓN	286
9.- El Informe País-por-País en apoyo de una mayor equidad	289
9.1.- INTRODUCCIÓN	289
9.2.- EL IPPP: CONCEPTO Y CLASES	292
9.3.- FINALIDADES DEL IPPP.....	294
9.3.1.- El IPPP para los inversores: análisis del riesgo-país	295
9.3.2.- El IPPP para las Administraciones: evaluación del riesgo fiscal	295
9.3.3.- La función social del IPPP	296
9.3.4.- El valor de la transparencia en los países ricos en recursos naturales.....	298
9.4.- HISTORIA DEL INFORME PAÍS POR PAÍS	300
9.5.- EL IPPP COMO DOCUMENTO FISCAL: LA ACCIÓN 13 DE BEPS	313
9.6.- EL IPPP COMO POSIBLE DOCUMENTO CONTABLE	320
9.7.- IPPP Y EQUIDAD EN LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA.....	322
9.8.- EXPECTATIVAS DE DESARROLLO FUTURO DEL IPPP	325
9.9.- CONCLUSIONES	328
10.- Equidad, precios de transferencia e imposición unitaria	331
10.1.- INTRODUCCIÓN	331
10.2.- ORIGENES DEL ESTANDAR	336

10.3.-	EL PRINCIPIO DE PLENA COMPETENCIA EN LAS MULTINACIONALES HOY	339
10.4.-	LA IMPOSICIÓN UNITARIA COMO ALTERNATIVA	342
10.5.-	CUESTIONES POLÍTICAS Y TÉCNICAS EN LA DEFINICIÓN DEL ESTÁNDAR INTERNACIONAL	344
10.5.1.-	Definición del contorno del grupo.....	346
10.5.2.-	Contabilidad de las operaciones	346
10.5.3.-	Definición de la base imponible.....	347
10.5.4.-	La composición de la fórmula de reparto	348
10.5.5.-	La sensibilidad a los factores de la fórmula	350
10.5.6.-	La administración del tributo	351
10.6.-	CONCLUSIONES	352
11.-	Conclusiones	357
	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	369

1. La equidad fiscal entre naciones como objeto de estudio

1.1. - INTRODUCCIÓN

Existen enormes diferencias en los ingresos públicos entre países en desarrollo y desarrollados, que son causa y consecuencia a la vez de la desigual distribución de la renta a nivel mundial. Mientras los países de la OCDE perciben ingresos públicos del 41,5% del PIB como media, los países de rentas bajas no alcanzan ni a la mitad, con una media del 18,4%¹. Muchos países ni siquiera alcanzan el 15% de ingresos públicos que se considera convencionalmente como el mínimo necesario para que el Estado pueda financiar los servicios públicos esenciales².

Existe, en consecuencia, un obvio interés teórico y práctico en el estudio del principio de equidad entre naciones en la fiscalidad internacional a que se consagra esta tesis doctoral. El análisis de las implicaciones prácticas del principio goza además de la máxima actualidad, especialmente a la luz de los debates suscitados por el Proyecto BEPS en ámbitos académicos, en organizaciones de la sociedad civil y en las organizaciones internacionales, que han realizado llamamientos expresos a la consecución del objetivo de la justicia distributiva mundial³.

¹ Datos del FMI (Fiscal Affairs Department: *Revenue mobilisation in developing countries*, 2011 [en línea] Consulta 1-1-2016. Disponible en <https://www.imf.org/external/np/pp/eng/2011/030811.pdf>).

² La hipótesis de que el mínimo necesario es el 15 por 100 fue lanzada por Adam y Bevan en fecha ya tan remota como 2004 (ADAM, C. y BEVAN, D: Fiscal policy design in low-income countries. En ADDISON, T. y ROE, A. (Eds.) *Fiscal Policy for development*. Palgrave MacMillan, 2004). El FMI confirmó después esta posición (FMI: Monetary and Fiscal Policy Design issues in Low-Income Countries. 8 de agosto de 2005. [en línea, disponible en <https://www.imf.org/external/np/pp/eng/2005/080805m.pdf>, consulta 31 de marzo de 2016], pg 15) y lo mismo hizo la Unión Europea en 2014 (UE; Tax Revenue Mobilisation in Developing Countries, Issues and Challenges. Abril 2014 [en línea, disponible en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/433849/EXPO-DEVE_ET\(2014\)433849_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/433849/EXPO-DEVE_ET(2014)433849_EN.pdf) consulta 31 marzo 2016]) página 10.

³ Así, la OCDE y el G-20 al presentar y aprobar, respectivamente, los resultados del Proyecto BEPS en Noviembre de 2015; la Comisión Europea cuando en julio de 2015 presentó su plan para lograr un

El estudio de la equidad fiscal entre naciones se aborda en esta tesis desde un punto de vista dogmático, comenzando por el concepto de la justicia contributiva internacional a través de su historia y de la delimitación de sus perfiles a través de las relativamente escasas aportaciones doctrinales existentes. A partir de esta base, se examinará la forma en que la equidad se materializa actualmente en los estándares internacionales de la fiscalidad, fundamentalmente en los tratados fiscales y en el sistema de los precios de transferencia. Este enfoque, eminentemente descriptivo, se complementará con orientaciones prescriptivas o normativas allí donde se aprecie que exista espacio para que una reforma del consenso internacional sobre los estándares internacionales de fiscalidad redunde en una mayor equidad.

En este sentido, adquieren especial relevancia las cuestiones de residencia y fuente o el rol de un tratado fiscal multilateral como instrumento para allegar una mayor equidad. También se examinará la imposición unitaria como posible alternativa al sistema de los precios de transferencia, una propuesta formulada por las organizaciones de la sociedad civil y por alguna doctrina⁴ como remedio contra la falta de equidad del sistema vigente. Por ello, examinaremos la viabilidad, ventajas e inconvenientes de un sistema de fiscalidad unitaria como el propuesto, sobre todo ahora que la Comisión Europea ha relanzado el proyecto de la base Imponible Común y Consolidada⁵. Frente a esta alternativa, la posición tradicional de los gobiernos ha sido defender la vigencia de los precios de transferencia, especialmente ahora que la reforma de 2015 permite una aplicación más equitativa. Examinaremos pues lo que hay de cierto en dicha posición.

Todos estos temas revisten una importancia fundamental para los países en desarrollo, en la medida en que siguen padeciendo graves dificultades para integrarse de forma plena en la economía globalizada a través de una fiscalidad efectiva que habilite la movilización de sus recursos nacionales para financiar su desarrollo. La financiación del desarrollo es un proceso complejo que bebe en diversas fuentes, entre ellas el endeudamiento, las remesas o la movilización de los recursos tributarios; pero también en la ayuda oficial al desarrollo, transferencias que realizan los países más desarrollados, bien para proyectos concretos o bien como simple apoyo presupuestario, canalizadas frecuentemente por las agencias de cooperación al desarrollo.

Impuesto de Sociedades más justo y eficaz en la UE; y las Naciones Unidas en Septiembre de 2015, al incluir la equidad como uno de los Objetivos de Desarrollo Sostenibles para el periodo 2015-2030.

⁴ Para el detalle de las aportaciones doctrinales véase el epígrafe 10.4: “La Imposición Unitaria como Alternativa”

⁵ UE: *Propuesta de Directiva del Consejo Relativa a una Base Imponible Común del Impuesto sobre Sociedades*. COM (2016) 685 Final. Estrasburgo, 25 de octubre de 2016.

Ubaldo González de Frutos

La equidad fiscal entre naciones como objeto de estudio

Existe, en consecuencia, un importante componente de solidaridad en la sociedad internacional, pero se instrumenta en políticas de gasto público internacional, nunca del ingreso. He aquí una observación clave, y es que a diferencia de los sistemas fiscales nacionales, donde la solidaridad es un valor intrínseco, muchas veces reconocido constitucionalmente bajo el principio de progresividad, en la sociedad internacional en cambio tal principio está clamorosamente ausente. Más bien ocurre lo contrario, el *statu quo* existente en torno a los principios de residencia y fuente, y las prácticas elusivas que una parte importante de multinacionales ha venido practicando sobre la base de convenciones internacionales generalmente aceptadas, como los precios de transferencia o la financiación de la expansión internacional mediante endeudamiento, frecuentemente han resultado en una distribución regresiva de la jurisdicción tributaria y en menores ingresos para las Haciendas del Desarrollo.

La fiscalidad es el servicio público primario por excelencia y fuente de financiación principal para que los países necesitados puedan acortar la brecha que los separa del primer mundo. Por consiguiente, si en los estándares internacionales existe un sesgo en favor de los países desarrollados, se añade a los más desfavorecidos una dificultad en su tarea de poner en práctica políticas fiscales adecuadas a la globalización, aplicadas por administraciones tributarias funcionales, capaces de controlar el cumplimiento fiscal de una masa crítica de contribuyentes y alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible aprobados por las Naciones Unidas el 26 de septiembre de 2015.

Existe, en suma, un problema en los flujos de financiación para el desarrollo que la comunidad internacional debería poder solucionar logrando soluciones más equitativas. Un claro ejemplo es el Proyecto BEPS de la OCDE, una reforma de los estándares internacionales que, pese a no haber nacido enfocada específicamente para solucionar los problemas de los países en desarrollo, ha logrado sin embargo un gran avance hacia la consecución de la justicia tributaria internacional. Este primer capítulo, de carácter introductorio, comienza con una revisión del estado de la cuestión, delineando a continuación los objetivos que perseguimos y formulando la hipótesis que se pretende demostrar: *es posible mejorar el sistema fiscal internacional para lograr una mayor equidad en la fiscalidad internacional, tanto en el plano de la atribución convencional de potestades tributarias como en el efectivo ejercicio de las mismas por los países menos desarrollados.*

1.2.- LA REFORMA DE LOS ESTÁNDARES DEL SISTEMA FISCAL INTERNACIONAL⁶ A PARTIR DEL PROYECTO BEPS Y SU INCIDENCIA SOBRE LA EQUIDAD FISCAL INTERNACIONAL

El Comunicado del G20 en la Cumbre en Antalya (Turquía) de 15-16 de noviembre de 2015, al dar el espaldarazo definitivo a los resultados del Proyecto BEPS, proclamó que ello nos habrá de permitir alcanzar un sistema fiscal justo y moderno a escala mundial⁷. Este mismo concepto de justicia tributaria mundial fue reiterado por los ministros de finanzas y gobernadores de bancos centrales del G-20 en su reunión de Shanghái el 26 y 27 de febrero de 2016⁸. Apenas cinco meses antes, la Comisión Europea publicaba su visión para la reforma del Impuesto de Sociedades en la UE, reclamando a su vez un sistema fiscal societario más justo y eficiente⁹, visión desarrollada después el 28 de enero de 2016 con la presentación del paquete de lucha contra la elusión fiscal, donde volvió a reclamar una imposición efectiva y una mayor transparencia¹⁰. También en julio de 2015 el Banco Mundial y el FMI lanzaron también una iniciativa para fortalecer los sistemas fiscales de los países en desarrollo con fundamento en

⁶ Asumimos como postulado que el conjunto de normas nacionales y convencionales que disciplinan las relaciones tributarias transfronterizas a través de los diversos países del mundo constituye un *sistema*, al formar un corpus normativo estructurado en torno a principios generales, siguiendo en este pronunciamiento a autores como AVI-YONAH, Reuven S. *International Tax as International Law: An Analysis of the International Tax Regime*. Cambridge Tax Law Series, Cambridge University Press, 2007, pg. 4. Esta posición no es pacífica pues hay autores que niegan la existencia del sistema, sosteniendo que las normas de derecho fiscal internacional están simplemente yuxtapuestas. Para una discusión detallada de esta cuestión véase el epígrafe 2.1 del Capítulo 2.

⁷ “Con el fin de alcanzar un sistema fiscal internacional justo y moderno a escala mundial (a globally fair and modern international tax system), apoyamos el paquete de medidas desarrolladas en el marco del ambicioso proyecto del G-20 y la OCDE contra la erosión de bases y el traslado de beneficios (BEPS). en G-20: G20 Leaders’ Communiqué. Antalya Summit, 15-16 November 2015. [en línea]. Disponible en <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/11/16-g20-summit-antalya-communique/> [consulta 11 junio 2016]. Traducción del autor, original en inglés. El subrayado es nuestro.

⁸ “Una amplia, consistente y efectiva implementación del Proyecto BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) de la OCDE y el G20 es fundamental para conseguir un sistema fiscal internacional justo y moderno (for a fair and modern international tax system). Reiteramos nuestro compromiso con una implementación temporaria del Proyecto BEPS, y seguiremos examinando los temas relativos a BEPS para garantizar la justicia fiscal y un terreno de juego equilibrado (in order to ensure tax fairness and a level playing field)” Párrafo 7 del Communiqué del G20. En G-20 Finance Ministers and Central Bank Governors Meeting Shanghai, 27 de febrero de 2016. [en línea], en <http://www.g20.utoronto.ca/2016/160227-finance-en.html> [consulta 28 febrero 2016]). Traducción del autor, original en inglés. El subrayado es nuestro.

⁹ UE. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: *Un Sistema de imposición de las sociedades justo y eficaz en la Unión Europea: cinco ámbitos de actuación fundamentales*. Bruselas 17 junio de 2015 COM (2015) 32 FINAL.

¹⁰ UE: *Una fiscalidad equitativa: la Comisión presenta nuevas medidas contra la elusión del impuesto sobre sociedades*. Bruselas, 28 de enero de 2016 [en línea, disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-159_es.htm consulta 29 de marzo de 2016]

Ubaldo González de Frutos

La equidad fiscal entre naciones como objeto de estudio

conceptos de eficiencia y equidad¹¹. Para completar este panorama, en septiembre de 2015 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó los Objetivos de Desarrollo Sostenible, incluyendo en el número 10 la meta de reducir la desigualdad, dentro de y entre, las naciones.

Estos pronunciamientos, expresados por organizaciones líderes en la creación del Derecho internacional tributario, enfatizan la importancia del principio de equidad, situándolo al mismo nivel que el de eficiencia o neutralidad, interesantísima novedad porque en el pasado el principio absolutamente dominante en fiscalidad internacional ha sido la eficiencia económica, en claro detrimento de la justicia contributiva cuyo marco natural se había limitado tradicionalmente a la fiscalidad nacional¹².

Si los sistemas tributarios en general se estructuran en torno a una combinación de dos principios básicos: eficiencia y equidad, sin perder de vista el objetivo de la suficiencia recaudatoria¹³, en el derecho fiscal internacional, en cambio, el lugar de la equidad no parece estar bien definido. La preocupación por la eficiencia busca paliar los efectos distorsionadores de los tributos, que limitan el crecimiento al modificar las preferencias de consumo e inversión de los particulares. La equidad, por su parte, procura la mejora de la justicia social, hasta el punto de que algunos autores, como Bird y Zolt, lo identifican con la verdadera esencia de la imposición¹⁴.

Simplificando un poco, puede sostenerse que toda reforma fiscal es un debate entre posiciones ideológicas que intentan maximizar ora la eficiencia, ora la equidad. Sin embargo, en el sistema fiscal internacional la noción de la justicia como principio inspirador no ha aparecido hasta que

¹¹ FMI: *World Bank and the IMF Launch Joint Initiative to Support Developing Countries in Strengthening Tax Systems* [en línea] 10 de julio de 2015. Disponible en <http://www.imf.org/external/np/sec/pr/2015/pr15330.htm>. [consulta 3 de septiembre de 2016]

¹² Escribe Graetz a propósito de la preeminencia del principio económico de la eficiencia en detrimento del de equidad: “*Hemos estado cegados por nuestra adherencia a principios inadecuados y seguimos casados con conceptos pasados de moda*”, en GRAETZ, Michael J.: *Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts, and Unsatisfactory Policies*. En *Tax Law Review*, 54. 261, 1.1.2001. 77 pgs. [en línea, disponible en http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2617&context=fss_papers, consulta 25.1.2016], página 269. Traducción del autor.

¹³ Como recordaba recientemente M. Lagares en un ensayo periodístico: “Un sistema impositivo debe fundamentarse en la suficiencia de sus recaudaciones, en su eficiencia para no obstaculizar el crecimiento y en la equidad del conjunto de sus componentes”. LAGARES, Manuel: *Un sistema Impositivo Adecuado*. El Mundo, martes 16 de febrero de 2016, página 6. La eficacia y la justicia son elementos comunes en la descripción de un sistema tributario desde que en 1776 Adam Smith escribiera en la Riqueza de las Naciones: “*equal and fair treatment for all, certainty, no arbitrariness and efficiency of collection*”.

¹⁴ Arguemntan que, si los Estados quisieran simplemente financiarse, podrían hacerlo emitiendo moneda. BIRD, Richard M. y ZOLT, Eric M. *Introduction to Tax Policy Design and Development*. The World Bank, abril de 2003. Pg. 15

Ubaldo González de Frutos

La equidad fiscal entre naciones como objeto de estudio

la globalización y, sobre todo, la crisis financiera de 2008-2014 llevaron a las Haciendas a buscar yacimientos nuevos de recursos tributarios, y así volvieron su mirada hacia los abusos de algunas multinacionales a la hora del cumplimiento tributario. Uno de los argumentos esgrimidos para rectificar los abusos de esas multinacionales ha sido precisamente la equidad intersubjetiva: el acceso a las prácticas de planificación abusiva es sofisticado y requiere recursos y una estructura internacional, lo cual deja en peor condición a las sociedades exclusivamente nacionales, planteando cuestiones de competencia desleal y comportando una distribución inequitativa de la carga tributaria a través de otras figuras impositivas¹⁵.

Más allá de la equidad intersubjetiva, en las páginas que siguen analizamos la creciente demanda de mayor equidad entre naciones, y no porque antes del Proyecto BEPS el sistema careciese de elementos de equidad¹⁶, sino porque ésta no estaba entre sus principios constitutivos, limitados a la eficiencia en sus dos versiones de neutralidad en la exportación de capitales y neutralidad en la importación de capitales.

Ahora bien, la omisión de la equidad como principio básico no es fruto del olvido ni de la desidia, sino más bien de la aplicación del principio de soberanía. Podemos entonces preguntarnos qué ha cambiado para que ahora sea un tema de actualidad. La respuesta es que estamos en un tiempo nuevo marcado por la globalización y por la preocupación por los problemas del desarrollo, como se plasma en el programa de Naciones Unidas “Objetivos de Desarrollo del Milenio” (para el período 2000-2015) y en su sucesor “Objetivos de Desarrollo Sostenible” (2015-2030). Junto a ello, una importante producción académica¹⁷ y la emergencia de grupos de opinión desde el sector de la sociedad civil han sido notables coadyuvantes para este resultado.

Este es el contexto del viraje del sistema fiscal internacional en dirección a la ecuanimidad. Ahora bien, la introducción de una mayor equidad, tan novedosa como saludable, introduce sin embargo un alto grado de complejidad en el sistema vigente, especialmente si además de la equidad horizontal se persigue un cierto grado de equidad vertical, pues la equidad vertical

¹⁵ Puede decirse que la preocupación por los efectos de la equidad es uno de los motores del Proyecto BEPS. El Informe de 2013 sobre BEPS comienza mencionándolo en su enunciado inicial: “*La erosión de bases impositibles constituye un grave riesgo para los ingresos tributarios, la soberanía fiscal y la equidad tributaria, tanto de los Estados miembros de la OCDE como de los no miembros*”. OCDE: *Lucha contra la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios*. París, OECD Publishing, 2013. Página 7.

¹⁶ Por ejemplo, el principio de no discriminación está consagrado en los tratados internacionales desde el primer Modelo en 1928

¹⁷ Para una relación de autores véase en el capítulo segundo el epígrafe dedicado al principio de equidad fiscal entre naciones en el marco del sistema fiscal internacional

Ubaldo González de Frutos

La equidad fiscal entre naciones como objeto de estudio

significa adoptar decisiones discriminatorias, y eso afecta necesariamente a la eficiencia, que ha sido hasta ahora dogma. Estas realidades son extremadamente complejas e invitan a la comunidad internacional a seguir reflexionando sobre la consecución de un modelo que pueda lograr armonizar ambos objetivos.

El objetivo de esta tesis doctoral, por consiguiente, es explorar en qué medida los estándares de la fiscalidad internacional, especialmente tras la reforma llevada a cabo por el Proyecto BEPS¹⁸, materializan los principios de equidad y de eficiencia a los que manifiestan servir, evaluar el grado de penetración del principio de equidad, y formular predicciones sobre las vías por las que podría progresar.

Para responder a estas cuestiones trabajaremos sobre los materiales comprendidos en el paquete BEPS, prácticamente completo ya, así como en los textos de la UE, que parece haber tomado el testigo de la OCDE para seguir transformando el Derecho internacional fiscal. Ambos corpus observan una importante consistencia en cuanto a las soluciones técnicas a los problemas de la elusión fiscal internacional, aunque también una notoria divergencia, pues la UE, sin duda porque tiene una capacidad legislativa mayor que el *soft law* típico de la OCDE, va un paso más allá al anunciar la armonización de las bases imponibles¹⁹, un proyecto de directiva que, de materializarse, acarreará tal vez consecuencias de más largo alcance sobre la distribución de las bases imponibles de las multinacionales a escala mundial. En opinión de la Comisión, la armonización primero de las bases imponibles de las multinacionales a escala europea, y su consolidación después, habrá de eliminar las distorsiones que actualmente introduce la libre definición de las bases y aportar mayor equidad²⁰, haciéndose eco de las ONGs que reclaman la fiscalidad unitaria²¹, aunque existe incertidumbre sobre la viabilidad política de una propuesta

¹⁸ OCDE. *Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, [en línea]. París, OECD Publishing, 2014. 49 pgs. ISBN 978-92-64-20780-6. Disponible en <http://dx.doi.org/10.1787/9789264207813-es> [consulta 25.1.2016]

¹⁹ En particular mediante el Proyecto de la Base Imponible Común. Véase UE: *Propuesta de Directiva del Consejo Relativa a una Base Imponible Común del Impuesto sobre Sociedades*. COM (2016) 685 Final. Estrasburgo, 25 de octubre de 2016.

²⁰ La exposición de motivos del Proyecto de Directiva se pronuncia así: *Dado que en la actualidad la prioridad de la UE es promover el crecimiento sostenible y la inversión en un mercado justo y más integrado, es necesario establecer un nuevo marco para una imposición justa y eficiente de los beneficios de las sociedades*. (Ibídem, pg. 2). Como examinaremos en el Capítulo 10, las dificultades de implementación práctica de una base imponible común y consolidada a escala mundial hacen que no sea tan sencillo establecer una relación directa entre la BICC y la equidad.

²¹ Así, por ejemplo, La autodenominada Comisión Internacional para la Reforma del Impuesto de Sociedades afirma: *“La mayor carencia del proceso BEPS ha sido su incapacidad para solucionar el problema central del sistema fiscal global: las normas de precios de transferencia y, en general, el enfoque basado en el principio de entidad separada. La Declaración de ICRIT ofrece una alternativa: gravar a las MNEs como una única entidad al combinar sus beneficios globales y luego*

Ubaldo González de Frutos

La equidad fiscal entre naciones como objeto de estudio

tal, como prueba el hecho de que la Comisión haya tenido que segmentar el plan de la BICC en dos fases²².

Con el cierre del período de negociación y redacción de los nuevos estándares de la fiscalidad internacional en la OCDE se inaugura el período de implementación de los mismos²³, lo cual

permitir a cada país donde realice negocios que grave la porción de los beneficios generados en su territorio. Desgraciadamente, el Proyecto BEPS no ha tomado esta ruta de reforma, ni la ha considerado siquiera". Véase INDEPENDENT COMMISSION ON THE REFORM OF INTERNATIONAL CORPORATE TAXATION, ICRIT (2015): *Evaluation of the Independent Commission for the Reform of International Corporate Taxation for the Base Erosion and Profit-Shifting Project of the G20 and OECD*. [en línea] Octubre 2015. Disponible en http://www.icrit.org/wp-content/uploads/2015/10/ICRIT_BEPS-Briefing_EN_web-version-1.pdf . [consulta 11 febrero 2016] Pg. 2.

²² La Comisión explica que "Los Estados Miembros dieron su amplio respaldo al relanzamiento de la BICIS, cuando la Comisión los consultó a principios de 2015. Hay un fuerte interés político en la búsqueda de nuevas herramientas eficaces para luchar contra la evasión fiscal y mejorar la competitividad de la UE. Una BICC obligatoria sería una solución a ambos retos. La nueva propuesta de la BICC reflejará las discusiones en el Consejo durante los últimos cuatro años, así como las consultas de la Comisión con los Estados miembros y las partes interesadas, con el fin de maximizar las posibilidades de una adopción oportuna. Véase UE: *Una fiscalidad equitativa: la Comisión presenta nuevas medidas contra la elusión del impuesto sobre sociedades*. Bruselas, 28 de enero de 2016 [en línea, disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-159_es.htm consulta 29 de marzo de 2016]. La primera fase sería la aprobación de la que hoy es sólo propuesta de Directiva. Véase UE: *Propuesta de Directiva del Consejo Relativa a una Base Imponible Común del Impuesto sobre Sociedades*. COM (2016) 685 Final. Estrasburgo, 25 de octubre de 2016.

²³ A pesar del cierre formal del Proyecto con el aval de la Cumbre del G-20, no todos los trabajos técnicos han finalizado. Sin embargo, a efectos de esta tesis, resulta conceptualmente más sencillo aceptar la posición oficial del G-20 de que el Proyecto se ha acabado en el tiempo anunciado. En cualquier caso, los trabajos restantes son: En la Acción 2 (desajustes por híbridos) se sigue trabajando sobre establecimientos híbridos, regímenes de deducción de intereses ncionales y no residentes duales, es decir, situaciones que crean rentas apátridas incluyendo deducción y no inclusión; y se trabaja en un manual de aplicación de esta Acción. En la 4 (deducción de intereses) se trabaja sobre los aspectos de los precios de transferencia de las operaciones financieras y en la finalización del diseño de una regla de ratio para el grupo, así como las reglas especiales aplicables al sector financiero. En la 5 (prácticas fiscales lesivas) el objetivo actual es integrar a los Estados no miembros en el Foro de Prácticas Fiscales Lesivas; así como redefinir los criterios que cualifican a una política como lesiva. En la Acción 6 (prevención del abuso de tratados) se trabaja sobre la aplicación de los tratados a fondos que no sean Instituciones de Inversión Colectiva, mientras finalizan algunos aspectos del Modelo de Convenio, incluyendo la cláusula de limitación de beneficios y los comentarios, a la luz de los cambios que se están introduciendo en el modelo de convenio norteamericano. En la Acción 7 (prevención del abuso del concepto de EP) las instrucciones sobre la atribución de beneficios a los EPs para adecuarlas a los cambios introducidos en el informe de la Acción 7. También se trabaja en la última actualización del MCOCDE, que deberá también clarificar el significado de la nueva redacción y verificar que no se producen consecuencias indeseadas sobre el Enfoque Autorizado de la OCDE, especialmente en lo tocante a la negociación global de productos financieros. En las Acciones 8-10 se revisan las instrucciones y los ejemplos de la aplicación del método de distribución de beneficios, se desarrollan las instrucciones de valoración de intangibles de difícil valoración y el mecanismo de su aplicación, en particular los umbrales de relevancia, y las instrucciones para aplicar el método de valoración electivo para servicios de bajo valor añadido, empezando por el umbral. En la Acción 12 (revelación obligatoria) se comparan las medidas más emblemáticas a escala internacional. En la 13 (Informe País por País) se prestará atención a la revisión de la plantilla existente, y en la 15 se ha completado la redacción del instrumento multilateral el 24 de noviembre de 2016. Además, habrá que

Ubaldo González de Frutos

La equidad fiscal entre naciones como objeto de estudio

implica que la legislación nacional, salvo excepciones como el Informe País por País, no se ha modificado todavía para adaptarse a los nuevos estándares. Las 15 acciones de BEPS nos sirven, pues, como el material primario para analizar la cuestión que nos planteamos resolver en esta tesis, es decir, hasta qué punto estos remozados estándares mundiales alcanzan las cualidades que le atribuyen los Comunicados de la UE y del G-20, en otras palabras, si el sistema fiscal internacional es efectivamente más justo y más eficiente a nivel mundial y, en la medida de lo posible, calibrar la distancia existente entre los niveles que hemos alcanzado y el óptimo. Nuestra hipótesis es que, siendo impresionantes los resultados alcanzados, existe todavía margen para mejorar tanto la eficiencia como la justicia si los países en desarrollo encuentran los cauces adecuados de participación en la formación de decisiones políticas. Trataremos de verificar esta hipótesis y, si la respuesta es afirmativa, emergen los fundamentos de una agenda post-BEPS. En consecuencia, no nos limitaremos a un enfoque descriptivo sino que nos aventuraremos también con un enfoque prescriptivo.

El Proyecto BEPS ha merecido calificativos variados y generalmente ampulosos: ambicioso²⁴, exhaustivo²⁵, histórico. Incluso los críticos con el Proyecto²⁶ han reconocido sus abundantes méritos²⁷. Sin embargo, existen también detractores²⁸, y precisamente con referencia al aspecto de la equidad, con críticas especialmente en dos niveles: la ineficacia de los precios de transferencia como herramienta para distribuir las bases imponibles entre países de forma

consolidar las nuevas Directrices, el nuevo MCOCDE y los instrumentos jurídicos de la OCDE para que estos nuevos estándares sean obligatorios para sus estados miembros. Estas medidas se completarán en diversas fechas de 2017.

²⁴ Ambicioso (“ambitious”) es el adjetivo en el Comunicado de Antalya del G-20. *Ibidem*, Párrafo 15.

²⁵ Así, por ejemplo, PWC: *The completion of the OECD's Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) project in October 2015 heralds the most comprehensive reform of international taxation ever*. En PWC: *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS): adapting to a changing environment* [en línea]. Disponible en <http://www.pwc.co.uk/services/tax/beps-index.html> [consulta 11 septiembre 2016]

²⁶ Especialmente organizaciones como Global Alliance for Tax Justice, Red de Justicia Fiscal de América Latina y el Caribe, Tax Justice Network, Christian Aid, Action Aid, Oxfam y Tax Research UK, reunidas bajo la estructura coordinadora denominada “BEPS Monitoring Group”

²⁷ La Comisión Independiente para la Reforma de la Fiscalidad societaria internacional dice: *The G20/OECD BEPS project is a step in the right direction. It is a welcomed development and clearly has made progress that would have been thought of as impossible just five years ago* INDEPENDENT COMMISSION ON THE REFORM OF INTERNATIONAL CORPORATE TAXATION, ICRICT: *Evaluation of the Independent Commission for the Reform of International Corporate Taxation for the Base Erosion and Profit-Shifting Project of the G20 and OECD*. [en línea] Octubre 2015. Disponible en http://www.icrict.org/wp-content/uploads/2015/10/ICRICT_BEPS-Briefing_EN_web-version-1.pdf. [consulta 11 febrero 2016] (el subrayado es nuestro)

²⁸ Por ejemplo, VARGAS, Gaudencia y SÁNCHEZ, Mariela: *Los claroscuros de BEPS para América Latina*. El Contribuyente, 12 de noviembre de 2015. [en línea, disponible en <https://www.elcontribuyente.mx/noticia/965/-los-claroscuros-del-beps-para-america-latina>, consulta 6 de marzo de 2016]

Ubaldo González de Frutos

La equidad fiscal entre naciones como objeto de estudio

satisfactoria, y la falta de respuesta a las demandas de los países en desarrollo para un nuevo equilibrio entre residencia y fuente²⁹.

Para poner las cosas en sus justos términos, en el Informe BEPS el tema de la equidad está presente desde el preámbulo, si bien en la acepción, relativamente limitada, de equidad intersubjetiva: para el Informe BEPS, la inequidad es el resultado del empleo de técnicas de elusión que significan una menor contribución por parte de las MNEs³⁰, lo cual implica un desequilibrio frente al resto de contribuyentes y, especialmente, de las sociedades no multinacionales³¹. Ahora bien, al margen de esta notoria inequidad entre tipos de contribuyentes, el informe BEPS apenas hizo una referencia tangencial a la justicia como principio constitutivo o eje vertebrador del sistema de la fiscalidad societaria a nivel internacional³². Eso no significa que ignorase que existe un problema latente, por ejemplo en cuanto a la asignación de la potestad jurisdiccional entre residencia y fuente. Al contrario, reconoció que el problema de la tributación de las MNEs es un problema holístico que en su momento habrá que resolver, incluso abordando el debate entre residencia y fuente³³. Ahora

²⁹ Así, por ejemplo, Lars Koch: *“the BEPS Project does not reflect the challenges of the developing countries or the structural issues related to the broken international tax regime. It is a project that aims to solve the priority challenges for the developed countries such as the digital economy and the “patent boxes” for IP rights. From a business perspective, it should be of crucial relevance that reforms are global in reach and in acceptance. Excluding certain countries from the table and having a narrow focus on challenges primarily met by the richest countries in the world does not achieve this”*. En KOCH, Lars: *BEPS – maybe not the solution we hoped for?* [en línea] The Tax Dialogue On Corporate Responsibility, Dinamarca, 4 de mayo de 2015. Disponible en <http://thetaxdialogue.org/articles/beps-maybe-not-solution-we-hoped/> [consulta 11 febrero de 2016]. El subrayado es nuestro.

³⁰ “Varios indicadores muestran que las prácticas tributarias de algunas empresas multinacionales se están volviendo más agresivas con el transcurso del tiempo, lo que plantea graves problemas de cumplimiento tributario y equidad”. En OCDE: *Lucha contra la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios*. París, OECD Publishing, 2013. pág. 9

³¹ “Lo que está en juego es la integridad del impuesto sobre la renta de las sociedades. Si no se afronta este problema se estará contribuyendo a socavar aún más la competencia, ya que, por ejemplo, algunas empresas que desarrollan actividades transfronterizas y tienen acceso a asesoría fiscal sofisticada podrán aprovechar la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios y, de esta forma, se beneficiarán de ventajas competitivas no deseadas, en comparación con empresas que operan mayoritariamente a escala nacional”. OCDE, *Informe de BEPS*, 2013, ibidem, página 61.

³² Concretamente, al tratar del tema del establecimiento permanente en la era digital formula un pronunciamiento axiomático muy importante sobre la justicia en el sistema vigente: En una era en la que los contribuyentes no residentes pueden obtener beneficios considerables mediante transacciones con clientes situados en otro país, cabe preguntarse si las reglas actuales permiten una distribución justa de las potestades tributarias sobre los beneficios empresariales, en particular cuando los beneficios obtenidos mediante esas transacciones no se gravan en ningún país. *Informe BEPS ...* ibidem, página 42 (el subrayado es nuestro).

³³ “De manera más radical, es necesario un enfoque holístico para abordar adecuadamente la cuestión de la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios. Las medidas que adopten los gobiernos deben ser exhaustivas y adecuadas para tratar todos los aspectos del problema. Entre ellas, por

Ubaldo González de Frutos

La equidad fiscal entre naciones como objeto de estudio

bien, el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE se autolimitó, pues las implicaciones políticas del debate residencia frente a fuente le confieren una complejidad que seguramente hubiera impedido el progreso en la elaboración de las reglas técnicas anti-elusión en el plazo anticipado de dos años.

1.3.- FISCALIDAD SOCIETARIA INTERNACIONAL Y DESARROLLO

Como ha quedado dicho, son llamativas las diferencias entre los ingresos públicos entre países en desarrollo y desarrollados, con un 41,5% del PIB como media en la OCDE frente al 18,4% del PIB en los países de rentas bajas³⁴, y muchos países por debajo del 15% de ingresos públicos que se considera convencionalmente como el mínimo necesario para que el Estado pueda financiar los servicios esenciales³⁵.

Las causas son múltiples: la estructura económica, la pobreza general de la población, la informalidad de la economía, la baja capacidad administrativa, los problemas de formación de políticas nacionales, la inhibición de la fiscalidad por la dependencia de la ayuda externa o de los recursos naturales, la fuga de capitales, el desarme arancelario, la concesión de incentivos fiscales que vacían las bases imponibles, la elusión fiscal por las multinacionales y la pura evasión fiscal son factores que explican las diferencias porcentuales en ingresos tributarios³⁶.

El predominio de la agricultura sobre la industria o los servicios hace más difícil la imposición porque muchas veces se producen autoconsumos o trueques. La abundancia de menesterosos dificulta la extensión de la imposición personal a un número significativo de personas, pues viven por debajo de un umbral que pueda considerarse suficiente como para contribuir a las arcas comunes. El alto grado de informalidad, con escasa relevancia del sistema financiero en el mecanismo de pagos de la economía, dificulta la aplicación del principio de la información cruzada, básico en la aplicación de un sistema tributario. La administración fiscal es débil, con

ejemplo, cabe mencionar el equilibrio entre la imposición en el país de origen de la renta o en el país de residencia, el régimen fiscal de las operaciones financieras intragrupo, el establecimiento de disposiciones para la lucha contra el abuso de los convenios fiscales, en particular de una legislación en materia de compañías foráneas controladas, así como de normas sobre precios de transferencia”.

Véase OCDE, Informe BEPS 2013, *ibidem*, páginas 60-61. 7

³⁴ Datos del FMI (Fiscal Affairs Department: *Revenue mobilisation in developing countries*, 2011 [en línea] Consulta 1-1-2016. Disponible en <https://www.imf.org/external/np/pp/eng/2011/030811.pdf>).

³⁵ Véase ADAM, C. y BEVAN, D: Fiscal policy design in low-income countries. En ADDISON, T. y ROE, A. (Eds.) *Fiscal Policy for development*. Palgrave MacMillan, 2004.

³⁶ Véase “Tax Gaps in Developing Countries” en el estudio de 2014 de la Union Europea, UE; *Tax Revenue Mobilisation in Developing Countries, Issues and Challenges*. Abril 2014 [en línea, disponible en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/433849/EXPO-DEVE_ET\(2014\)433849_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/433849/EXPO-DEVE_ET(2014)433849_EN.pdf) consulta 31 marzo 2016], páginas 14 a 18.

Ubaldo González de Frutos

La equidad fiscal entre naciones como objeto de estudio

escasa dotación de capital físico y humano. Las élites políticas están más próximas al poder económico, haciendo que la política tributaria nacional sea más susceptible a la influencia de los grupos de presión económicos. La ayuda externa y los ingresos procedentes de los recursos naturales inhiben el progreso de la fiscalidad, porque son recursos más fáciles de lograr y con menos coste político que la imposición. La práctica eliminación de los aranceles por la OMC ha privado a los países en desarrollo de un recurso que era muy importante. La competencia por la atracción de inversiones en el mundo globalizado se traduce en la concesión de vacaciones fiscales y otros incentivos que vacían las bases imponibles. La evasión fiscal y la fuga de capitales son más difíciles de controlar, y las multinacionales tienen más fácil llevar a cabo esquemas de elusión fiscal que en los países desarrollados por las diferencias de capacidad administrativa y por las deficiencias de sus marcos legales.

Esta descripción esquemática de los problemas de la hacienda de los países en desarrollo pone en evidencia que la importancia de la fiscalidad societaria transnacional es tan sólo relativa. Resulta mucho más urgente solventar la informalidad o la falta de capacidad. Sin embargo, resolver el problema de la inequidad transnacional significa unos puntos porcentuales del PIB que no se pueden desdeñar.

Es en este escenario, al introducir la ecuación entre la fiscalidad y el desarrollo³⁷, donde se pone de relieve la relevancia de este estudio. Las prácticas abusivas de las multinacionales, que a partir de 2013 han venido a designarse genéricamente bajo el acrónimo BEPS³⁸, logran efectivamente convertir los beneficios de las multinacionales en rentas en apátridas³⁹

³⁷ GONZÁLEZ DE FRUTOS, Ubaldo: Fiscalidad y Desarrollo: cómo los países en desarrollo necesitan de un sistema tributario moderno y eficaz, y qué pueden hacer los países desarrollados para apoyarlos. En *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación. Comentarios, casos prácticos*. ISSN 1138-9540. Núm. 232, 2010, págs. 57-68.

³⁸ Aunque la preocupación por las prácticas abusivas de las multinacionales ya existía antes de BEPS. “La preocupación de los Estados por la evasión y el fraude fiscal internacional no es nueva. Desde hace varias décadas, la OCDE viene estudiando y publicando informes sobre el uso indebido de los CDI. Ya en 1977, el Comité de Asuntos Fiscales decidió comenzar un análisis sistemático de esta cuestión...”. En SERRANO ANTÓN, Fernando: “El informe sobre erosión de bases imponibles y traslado de beneficios de la OCDE: origen e implementación en un marco internacional y globalizado”. PUCP, Revista de la Facultad de Derecho N. 72, 2014, pg. 49.

³⁹ El concepto de “rentas apátridas” (*stateless income*) proviene de Kleinbard: Las rentas se canalizan por las multinacionales hacia territorios o jurisdicciones que no son ni el país de la fuente ni el de residencia de la matriz, sino terceros Estados con mínima tributación. Este fenómeno ha granjeado a estas rentas el apelativo de “rentas apátridas”. Véase KLEINBARD, Edward. *Stateless Income, a Challenge to Tax Policy*. En *Tax Notes*, Parte 1 del artículo, [en línea], 5 de septiembre de 2011, Disponible en <http://www.taxanalysts.com/www/features.nsf/Articles/67BEF665EC348BE985257E1A0062230D?OpenDocument>, Parte 2 del artículo [en línea], 12 de noviembre de 2012, disponible en

Ubaldo González de Frutos

La equidad fiscal entre naciones como objeto de estudio

trasvasándolas artificiosamente desde las jurisdicciones donde se han generado a otras donde la tributación, de producirse, lo hace a tipos efectivos prácticamente nulos. Es decir, las disfunciones en el sistema tributario internacional limitan la recaudación agregada total (digamos, el tamaño de la tarta) al remansar los beneficios en jurisdicciones o regímenes de escasa o nula tributación. Junto a esto, las reglas de asignación de la jurisdicción tributaria o potestad impositiva, esencialmente la preeminencia del principio de residencia, aparecen sesgadas hacia los países desarrollados que han creado (digamos, la porción de la tarta que corresponde a cada uno).

La conjunción de los dos efectos supone efectivamente una rémora para el desarrollo, a pesar de los esfuerzos de Naciones Unidas a través de su programa Financiación para el Desarrollo, progresivamente elaborado en el Consenso de Monterrey de 2002⁴⁰, la conferencia de Doha de 2008⁴¹ y la de Addis Abeba de 2015⁴². En este contexto, la importancia del Proyecto BEPS, que se estrenó en febrero de 2013 con el informe de la OCDE *Lucha contra la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios*⁴³, supuso primero una toma de conciencia y después la producción de nuevos estándares que avanzan en este debate sobre fiscalidad y desarrollo.

Los términos de erosión de bases y traslado de beneficios no son en sí novedosos⁴⁴, pero sí lo es el acrónimo, y más aún su aplicación a los países en desarrollo⁴⁵, que se produjo en julio de

<http://www.taxanalysts.com/www/features.nsf/Features/AFC670629CBB169785257E1B004B24FF?OpenDocument> [Consulta en 3-1-2016]

⁴⁰ ONU: Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo de 2002, Naciones Unidas, A/CONF.198/11 [en línea], 2002. Disponible en <http://www.un.org/es/conf/ffd/2002/> [consulta 5 febrero 2016]

⁴¹ ONU: Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo de 2008, Naciones Unidas, A/CONF.212/L.1/Rev.1 [en línea] disponible en <http://www.un.org/es/conf/ffd/2008/> [consulta 5 febrero 2016]

⁴² ONU: *Tercera Conferencia Internacional de Financiación para el Desarrollo. Agenda de Acción de Addis Abeba*. [en línea] 13-16 julio 2015. Naciones Unidas, A/CONF.227/L.1 Disponible en http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/CONF.227/L.1&referer=/english/&Lang=S [consulta 5 Feb 2016]

⁴³ OCDE: *Lucha contra la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios*. París, OECD Publishing, 2013. 103 págs. DOI: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264201224-es>

⁴⁴ Efectivamente, el G-7 ya en 1996 incluyó el concepto “base erosion” en el Comunicado de la Cumbre de Lyon: “...globalisation is creating new challenges in the field of tax policy. Tax schemes aimed at attracting financial and other geographically mobile activities can create harmful tax competition between States, carrying risks of distorting trade and investment and could lead to the erosion of national tax bases” (G-7: *Economic Communiqué: Making a Success of Globalization for the Benefit of All*. Lyon, Francia, 28 de Junio de 1996, Párrafo 16). La propia OCDE utilizó una formulación muy próxima en 1998, en el párrafo 23 del informe *Harmful Tax Competition, an Emerging Global Issue*: “As discussed in detail below, these schemes can erode national tax bases of other countries, may alter the structure of taxation (by shifting part of the tax burden from mobile to relatively immobile factors and from income to consumption) and may hamper the application of progressive tax rates and the achievement of redistributive goals.” OCDE: *Harmful Tax Competition, an Emerging Global*

Ubaldo González de Frutos

La equidad fiscal entre naciones como objeto de estudio

2014, cuando la OCDE publicó un Informe a petición del Grupo de Desarrollo del G-20 sobre el impacto de BEPS para los países de rentas más bajas⁴⁶. Más recientemente, en la III Conferencia de Naciones Unidas sobre Financiación para el Desarrollo, celebrada en Addis Abeba en julio de 2015, los efectos de BEPS sobre los países en desarrollo fueron un tema central por su impacto sobre la movilización de recursos nacionales. El tema que aborda esta tesis es, por consiguiente, de candente actualidad, y se hace eco de aportaciones tan interesantes como las de Fuest y Riedel en 2010⁴⁷, del FMI en 2011⁴⁸ o de la Unión Europea en 2014⁴⁹. También en 2011 se publicó un informe conjunto de la OCDE, el FMI, la ONU y el Banco Mundial sobre los problemas de la hacienda del desarrollo⁵⁰ para, conociendo su especificidad, poner en marcha una estrategia para resolverlos. El informe supuso el nacimiento de una serie de acciones por las organizaciones internacionales, integradas desde abril de 2016 la Plataforma para la Colaboración en Fiscalidad⁵¹.

En 2014, bajo el liderazgo del G-20, la OCDE lanzó una estrategia para integrar a los países en vías de desarrollo en el Proyecto BEPS mediante tres pilares: la participación directa de un cierto número de PVD en los trabajos de redacción de los nuevos estándares de fiscalidad internacional, la cooperación a través de las organizaciones regionales (CIAT, ATAF y

Issue. París, OECD Publishing, 1998. Pg. 14. Disponible en <http://www.oecd.org/tax/transparency/44430243.pdf>. (Los subrayados son nuestros)

⁴⁵ El concepto “países en vías de desarrollo”, PVD, o simplemente “países en desarrollo” tiene acepciones y definiciones distintas según quién lo utilice. A los efectos de esta tesis se define como todos aquellos países distintos de los desarrollados y de los emergentes o, para ser más precisos, que no pertenecen a la OCDE ni al G-20. Es decir, no seguimos la distinción del Banco Mundial entre países de desarrollo intermedio y países de rentas bajas, pues son insustanciales a nuestros efectos, y porque “países en desarrollo” es el término usual en los foros políticos donde se desempeña su actividad política internacional. Toda clasificación tiene algo de arbitrario, pero la que utilizamos aquí tiene la ventaja de ser usual en los respectivos foros políticos: la OCDE, el G-20 y G-77 o las Naciones Unidas.

⁴⁶ OCDE: *Part 1 of a report to G20 Development Working Group on the impact of BEPS in low income countries* [en línea], 2014 <http://www.oecd.org/tax/global/part-1-of-report-to-g20-dwg-on-the-impact-of-beps-in-low-income-countries.pdf> [consulta 25 de enero de 2016]

⁴⁷ FUEST, Clemens y RIEDEL, Nadine: “Tax Evasion and Tax Avoidance in Developing Countries: The Role of International Profit Shifting” [en línea] En *Oxford University Centre for Business Taxation*. 2010. 46 pgs. Disponible en <https://www.sbs.ox.ac.uk/faculty-research/tax/publications/working-papers/tax-evasion-and-tax-avoidance-developing-countries-role-international-profit-shifting> [consulta 25 de enero de 2016]

⁴⁸ FMI, Fiscal Affairs Department: *Revenue mobilisation in developing countries* [en línea]. Disponible en <https://www.imf.org/external/np/pp/eng/2011/030811.pdf> [Consulta 1-1-2016]

⁴⁹ UE; Tax Revenue Mobilisation in Developing Countries, Issues and Challenges. Abril 2014 [en línea, disponible en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/433849/EXPO-DEVE_ET\(2014\)433849_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/433849/EXPO-DEVE_ET(2014)433849_EN.pdf) consulta 31 marzo 2016]

⁵⁰ FMI, OECD, ONU y Banco Mundial: “*Supporting the Development of More Effective Tax Systems: A Report to the G-20 Development Working Group*.” 2011 [en línea, disponible en www.imf.org/external/np/g20/pdf/11031, <http://www.oecd.org/ctp/48993634.pdf>, consulta 1-1-2016]

⁵¹ FMI: *The Platform for Collaboration on Tax: Concept Note*. 19 de abril de 2016. [en línea, disponible en <https://www.imf.org/external/np/sec/pr/2016/pdf/pr16176.pdf> Consulta 27 de noviembre de 2016]

Ubaldo González de Frutos

La equidad fiscal entre naciones como objeto de estudio

CREDAF) y el desarrollo de la capacidad de sus administraciones⁵². Esta estrategia significa la implicación de un creciente número de países en desarrollo en la definición de los estándares mundiales en fiscalidad a través del diálogo político, que hoy se canaliza a través del Marco Inclusivo para la Implementación de BEPS⁵³, que en noviembre de 2016 ya reúne a 90 países. Es, por consiguiente, un tema de radical actualidad y gran interés práctico.

Es evidente que la equidad en el sistema fiscal internacional, como el propio Proyecto BEPS, es un tema sumamente amplio, una designación única que abarca numerosas cuestiones, si no todas, en el campo de la fiscalidad internacional, y por tanto existe el riesgo de que el objetivo de esta tesis sea demasiado amplio. Por eso, nos hemos centrado en los dos temas fundamentales: tratados de doble imposición y precios de transferencia. De entrada, vamos a decantar el concepto de la equidad de forma suficiente, de suerte que pueda servir como orientación a la hora de discutir cualquier medida de política tributaria internacional. De esta suerte, esperamos que el esfuerzo dogmático facilite la formación de un consenso acerca de la necesaria convergencia de la fiscalidad internacional hacia soluciones prácticas para que todos se puedan beneficiar de la globalización⁵⁴. El concepto, además, brinda un marco unitario para el análisis, una toma de conciencia sobre la existencia de un sistema más allá de sus dispares componentes, y sobre la necesidad armonizar las reformas en una dirección determinada.

Existe una intersección muy importante entre la noción de la equidad en el sistema fiscal internacional y el Proyecto BEPS. Concretamente, el principio de la alineación territorial de las bases imponibles con las actividades que los generan y con la creación de valor, un pilar fundamental de BEPS, como demostraremos en el Capítulo 2, que no es más que una

⁵² *Los impuestos son un elemento fundamental en la promoción del desarrollo sostenible, pero los países en desarrollo se enfrentan a grandes dificultades cuando se trata de desarrollar las capacidades de su aparato fiscal y de movilizar los recursos nacionales. Es por ello especialmente importante incluir a los países en desarrollo dentro de los debates sobre la fiscalidad internacional, incluso en el proyecto BEPS, para garantizar que reciben el apoyo necesario para que puedan afrontar sus retos específicos.* Véase OCDE: *El proyecto BEPS y los países en desarrollo: de las consultas a la participación*. [en línea, disponible en <http://www.oecd.org/ctp/estrategia-fortalecimiento-paises-en-desarrollo.pdf> Consulta 20 marzo 2015]

⁵³ G-20: *G20 Leaders' Communiqué. Antalya Summit, 15-16 November 2015*. [en línea]. Disponible en <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/11/16-g20-summit-antalya-communication/> [consulta 11 junio 2016]

⁵⁴ Como señalaban ya en 2002 Caamaño y Calderón, “la influencia que viene ejerciendo la globalización económica en la política fiscal de los Estados ha provocado una notable internacionalización del derecho tributario en su conjunto”, CAAMAÑO ANIDO, M.A. y CALDERÓN CARRERO, J.M. *Globalización Económica y poder tributario. ¿Hacia un nuevo derecho tributario?* En REDE n. 114, 2002, pg. 180.

Ubaldo González de Frutos

La equidad fiscal entre naciones como objeto de estudio

concreción del principio de equidad internacional, el cual es, en última instancia, una extensión del principio de soberanía.

Para poner en perspectiva estos objetivos comenzaremos por inventariar los obstáculos a la consecución de la equidad para los Países en Desarrollo, para lo cual recurriremos a posiciones manifestadas por las organizaciones internacionales, la sociedad civil y la doctrina académica. La OCDE, en el ya citado Informe al G-20 sobre los problemas de BEPS para los países en desarrollo⁵⁵ identificó una serie de asuntos clave, y la respuesta del G-20 encomendando a las organizaciones internacionales (FMI, BM, ONU y OCDE) que elaboren herramientas (*toolkits*) para facilitar la reforma de los sistemas de los países en desarrollo, permite establecer un primer inventario de esos problemas. También el FMI, en trabajos más recientes, ha querido inventariar los principales problemas del sistema fiscal societario mundial para los países en desarrollo⁵⁶. A su lado, ONGs como Christian Aid, Tax Justice Network, Intermon Oxfam o ICRICT, que agrupan⁵⁷ a intelectuales, activistas y políticos comprometidos con la equidad y justicia internacional en la imposición, han preconizado reformas más radicales. La conjunción de unos y otros determina un elenco de los asuntos más importantes para los países en desarrollo.

Tabla 1: Problemas de fiscalidad internacional para los países en desarrollo.

	OCDE al G-20	G-20 Toolkits	Sociedad civil	FMI
Insuficiencia de los marcos jurídicos nacionales para combatir las técnicas de planificación	✓			
Déficit de capacidad en las administraciones tributarias y dificultades para incrementarla	✓		✓	

⁵⁵ OCDE: *Part 1 of a report to G20 Development Working Group on the impact of BEPS in low income countries* [en línea], 2014 <http://www.oecd.org/tax/tax-global/part-1-of-report-to-g20-dwg-on-the-impact-of-beps-in-low-income-countries.pdf> [consulta 25 de enero de 2016]

⁵⁶ FMI. *Spillovers in International Corporate Taxation*. [en línea] IMF Policy paper, 9-5-2014. [Disponible <https://www.imf.org/external/np/pp/eng/2014/050914.pdf> consulta: 1-4-2016], pgs 24-34, y MATHESON, Thornton; PERRY, Victoria y VEUNG Chandara: *Territorial vs. Worldwide Corporate Taxation: Implications for Developing Countries*. FMI Working Paper 13/205. International Monetary Fund. Octubre 2013. Página 3,

⁵⁷ Véase BEPS MONITORING GROUP, The. *Overall Evaluation of the G20/OECD Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Project*. [en línea] 7 de octubre de 2015. Disponible en <https://bepsmonitoringgroup.files.wordpress.com/2015/10/general-evaluation.pdf>. [Consulta 6 de marzo de 2016]

LA EQUIDAD ENTRE NACIONES EN EL SISTEMA FISCAL INTERNACIONAL

Ubaldo González de Frutos

La equidad fiscal entre naciones como objeto de estudio

Pagos que erosionan la base por servicios de escaso valor añadido, intereses, a. técnica y cánones.	✓	✓	✓	✓
Reasignación contractual de riesgos que trasvasa beneficios por reasignaciones contractuales	✓	✓		
Subcapitalización: erosión de bases mediante abuso de financiación intragrupo		✓	✓	✓
Abuso de tratados: Aplicación de sus beneficios en situaciones para las que no estaban concebidos	✓		✓	✓
Transferencias indirectas de activos: Técnicas para eludir el gravamen de las plusvalías	✓	✓		✓
Manipulación de los precios de materias primas (commodities) mediante precios de transferencia			✓	✓
Incentivos fiscales: Competencia para atraer inversiones exteriores	✓	✓		
Dificultades de acceso a la información: Problemas para encontrar datos de transacciones comparables	✓	✓		
Lucha contra prácticas lesivas (<i>Harmful Tax Practices</i>)	✓			
Documentación de precios de transferencia	✓	✓		
Desarrollo de capacidad para la negociación de tratados		✓		
Desarrollo de capacidad para la evaluación de riesgos de BEPS		✓		
Retribución adecuada a los intangibles			✓	
Imposición unitaria (o formularia), como alternativa a los precios de transferencia.			✓	✓
Residencia y fuente: Definición de Establecimiento Permanente y atribución de beneficios al mismo	✓		✓	
Cambio en la definición de las bases imponibles desde un modelo de renta mundial a otro territorial				✓
Reestructuración de la cadena de suministro		✓		

Como se ve, en general las preocupaciones manifestadas por las organizaciones internacionales apuntan a problemas estructurales, ya sean centrales al sistema, ya periféricos, pero en todo caso internos, y tratan problemas de aplicación del sistema condicionados por las especiales circunstancias de los países en desarrollo (por ejemplo, las dificultades para obtener información con que aplicar los precios de transferencia), o problemas comunes con los países desarrollados que a los menos favorecidos afectan de manera especialmente intensa (por ejemplo, la planificación basada en intereses). Los intelectuales más reformistas, con el apoyo de las organizaciones de la sociedad civil, defienden también algunas enmiendas al sistema existente, pero fundamentalmente preconizan planteamientos más radicales, reformas que trasciendan el equilibrio actual para transformar profundamente las relaciones de poder en el sistema fiscal internacional, demandando por ejemplo el cambio del foro de discusión de la OCDE a la ONU, la búsqueda de un diferente reequilibrio entre fuente y residencia y la sustitución de los precios de transferencia por la imposición unitaria, por citar los ejemplos más significativos⁵⁸.

Existen, en cualquier caso, importantes carencias y disfunciones en la fiscalidad internacional de los países en desarrollo que la comunidad internacional se esfuerza en solucionar, y además se empeña en hacerlo a la misma inusitada velocidad con que se ha completado el Proyecto BEPS, que sólo ha durado dos años. La amplitud de los problemas y la rápida evolución de las posiciones de las organizaciones internacionales en su intento de resolverlos suponen una dificultad añadida para el desarrollo de esta tesis doctoral, a pesar de lo cual creemos estar en condiciones de extraer conclusiones fundadas.

1.4.- OBJETIVOS DE ESTA TESIS DOCTORAL

En este contexto, la presente tesis doctoral se orienta a la consecución de varias metas. La primera es perfilar el concepto de la equidad entre naciones e identificar el rol que juega en el sistema fiscal internacional vigente, con especial atención a los países en vías de desarrollo. Esta decantación conceptual brinda un marco consistente para facilitar el análisis de los problemas y la propuesta de soluciones que se desarrolla en el resto del trabajo. El segundo objetivo, de esta forma, es cohonestar el principio de equidad internacional con los estándares internacionales de fiscalidad en su forma actual, después del proceso de BEPS, para poder establecer hasta qué

⁵⁸ Así, por ejemplo, OCAMPO, José Antonio. *Una derrota para la cooperación fiscal internacional*. El País, 13 de agosto de 2015

Ubaldo González de Frutos

La equidad fiscal entre naciones como objeto de estudio

punto aquél se materializa en éstos, ofreciendo un marco analítico para posibles reformas de las normas internacionales. Enunciado de este modo, se revela su magnitud, que abraza los principales elementos de la fiscalidad internacional, como los tratados fiscales, la búsqueda de una mayor equidad entre naciones a partir de un incipiente multilateralismo, la cuestión de la imposición unitaria o formularia y el novedoso informe país por país. Por consiguiente, este trabajo aspira a presentar de forma unitaria un elenco de problemas de erosión de base y traslado de beneficios que tienen una incidencia particular en los países en desarrollo, limitando la capacidad recaudatoria de las haciendas de los países menos desarrollados y por consiguiente reduciendo sus posibilidades de financiar el desarrollo, un tema de la mayor actualidad en el escenario actual, recién aprobados los Objetivos de Desarrollo Sostenible por Naciones Unidas⁵⁹.

Nuestro propósito final es contribuir a definir un marco teórico robusto que permita eliminar progresivamente el sesgo de regresividad ínsito en el sistema y que está lastrando a las haciendas de los países en vías de desarrollo. Evidentemente, el diseño del sistema no es el único factor que gravita sobre los países en desarrollo, hay otros problemas, como la corrupción que se extiende como la yedra por sus estamentos oficiales, la extensión de la economía sumergida, las imperfecciones del Estado de Derecho en su gobierno y tribunales, las carencias en la infraestructura de transportes y comunicaciones, el bajo nivel de su capital humano u otros factores no fiscales, empezando por el propio ejercicio de su soberanía, que son tan importantes o más. Sin embargo, precisamente por ello, es preciso perseguir la consecución de un sistema fiscal internacional más solidario, un objetivo que nace, por consiguiente, por imperativo moral.

1.5.- HIPÓTESIS

Partimos de la consideración de que el sistema tributario internacional es fruto de condicionantes históricos y políticos determinados, y que en su formación el liderazgo ha correspondido a los países desarrollados. Esta situación perdura en buena medida, aunque la creciente presión por el G-77 y la incorporación al Proyecto BEPS primero de los BRICS y después de los países en desarrollo mediante el Marco Inclusivo de BEPS está abriendo el sistema a países tradicionalmente ausentes.

En cualquier caso, puede aceptarse como premisa que los países en desarrollo tienen que lidiar con elementos ínsitos en el sistema que no les son propicios. Si a los factores internos sumamos

⁵⁹ ONU : *Objetivos de Desarrollo Sostenible. 17 Objetivos para transformar nuestro mundo* [en línea], disponible en <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/> [Consulta 5 de noviembre de 2016]

Ubaldo González de Frutos

La equidad fiscal entre naciones como objeto de estudio

los ajenos al sistema tributario, puede que sea más fácil explicar que su presión fiscal sea inferior a la mitad de la de los países desarrollados. En consecuencia, podemos formular la hipótesis de que *la incorporación de más países al diálogo político sobre el sistema fiscal internacional permitirá incrementar su equidad, tanto en el plano de la atribución convencional de potestades tributarias como en el efectivo ejercicio de las mismas por parte de los países menos desarrollados.*

1.6.- METODOLOGÍA EMPLEADA

Para verificar esta proposición utilizaremos el método empírico o hipotético-deductivo, adecuado a las ciencias sociales. Dado que la realidad que estamos observando es tremendamente compleja y que nuestro objetivo es desentrañarla mediante un modelo explicativo, hemos formulado la hipótesis que trata de reflejar esa complejidad y vamos a contrastarla de modo empírico. De acuerdo con el enfoque empírico o hipotético-deductivo una teoría es válida mientras no sea rechazada. Por el contrario, cuando ha dejado de ser explicativa, se rechaza. Pues bien, creemos que nuestra teoría es válida porque observa un hecho: la carencia de un nivel aceptable de equidad; y propone una estrategia para resolver la carencia detectada: la inclusión de los países en desarrollo en el diálogo político mundial.

En consecuencia, como primer paso del método desarrollamos la teoría de que la realidad que observamos, el sistema fiscal internacional, no tiene suficiente equidad, y aportamos los elementos que ayudan a explicar por qué esto es así.

Como segunda etapa, hemos formulado la hipótesis para explicar el modelo construido en el primer paso: *la incorporación de más países al diálogo político sobre el sistema fiscal internacional permitirá incrementar su equidad, tanto en el plano de la atribución convencional de potestades tributarias como en el efectivo ejercicio de las mismas por parte de los países menos desarrollados.*

El tercer paso es contrastar esa hipótesis, a lo cual dedicamos el bloque principal de este trabajo, demostrando que el sistema fiscal internacional puede avanzar por el camino de la equidad mediante la inclusión de nuevos actores, y este es un objetivo que están respaldando las organizaciones internacionales.

Nuestra conclusión es que el modelo es válido porque no se ha podido demostrar la hipótesis nula, es decir, a partir de la observación del modelo en que se sustenta esta tesis, no se puede afirmar que el sistema sea ya suficientemente equitativo. Al contrario, parece que todas las

Ubaldo González de Frutos

La equidad fiscal entre naciones como objeto de estudio

evidencias apuntan a la veracidad de la hipótesis. Tampoco se ha demostrado que la participación de agentes nuevos sea indiferente o haga el sistema menos equitativo.

En consecuencia, a partir de la hipótesis enunciada, comenzamos por recopilar todas las evidencias que acreditan la veracidad del modelo (inequidad en la fiscalidad internacional), a lo cual se dedican los primeros capítulos. En este capítulo introductorio se aportan ya elementos acreditativos de la inequidad, aportando evidencias en el capítulo 3 (sobre la Financiación para el Desarrollo) y en el capítulo 4 (Los Países en Desarrollo en la Fiscalidad Global). Sirven estos capítulos también al propósito de identificar las variables importantes y los hechos relevantes, entre los cuales destaca el proyecto BEPS.

El capítulo segundo contiene la definición de la equidad en el sistema fiscal internacional, encuadrada en el marco de sus principios constitutivos. Dada la importancia epistemológica de esta definición, el capítulo segundo se basa en la metodología de la dogmática jurídica. A partir de las referencias jurídicas existentes a la equidad –abundantes en Derecho interno, mucho menos en Derecho internacional fiscal— así como de la elaboración doctrinal preexistente, llegamos a la definición clara de los perfiles del concepto, eje central de nuestro trabajo. Los materiales jurídicos que empleamos son convenciones internacionales, resoluciones del Consejo de la OCDE, textos consagrados como costumbre internacional, como el Modelo de Convenio de la OCDE⁶⁰ o las Directrices de Precios de Transferencia, informes avalados por organizaciones internacionales⁶¹ y otros materiales subordinados⁶². El resto de la tesis doctoral

⁶⁰ La aceptación universal del Modelo de Convenio de la OCDE indica que goza de *opinio iuris* y por tanto se ha convertido en derecho internacional consuetudinario. Así lo sostienen numerosos autores, entre ellos Brauner y Avi-Yonah (BRAUNER, Yariv: “An international tax regime in crystallisation: Realities, Experiences and Opportunities”. [en línea] En *Tax Law Review*, 56, 259. 1 enero de 2003. 71 pgs. Disponible en <http://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1009&context=facultypub> [consulta 25 de enero de 2016]; AVI-YONAH, Reuven: Splitting the Unsplittable: Toward a Formulary Approach to Allocating Residuals Under Profit Split [en línea] En *University of Michigan Law School*, Research Paper 378. 2014. Disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2369944 [Consulta 16 enero 2016]). Otros autores, en cambio, niegan que se haya producido tal cristalización, así Graetz o Roin (GRAETZ, Michael J.: “Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts, and Unsatisfactory Policies”[en línea]. En *Tax Law Review*, 54. 261, 1 de enero de 2001, 77 pgs. Disponible en http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2617&context=fss_papers [consulta 25.1.2016], ROIN, Julie: “Competition and Evasion: another perspective on international tax competition”, En *Georgetown Law Journal*, n. 89. 2001, pgs. 549-586. y DAGAN, Tsilly. “The Tax Treaties Myth”.[en línea] En *New York University Journal of International Law and Policy*, 32, Nueva York, 2000, pgs. 939-996. Disponible en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.379181> [consulta 25.1.2016])

⁶¹ Por ejemplo, el Informe BEPS de la OCDE.

Ubaldo González de Frutos

La equidad fiscal entre naciones como objeto de estudio

se ocupa de la verificación de la hipótesis, acudiendo a los cambios estructurales y normativos que estamos viendo en el sistema fiscal internacional y que ofrecen los indicios para verificar la hipótesis.

Así, en el Capítulo 5 contrastamos los cambios introducidos por BEPS en el universo de los tratados fiscales internacionales, para ver si estas enmiendas aumentan la equidad tributaria, adoptando en este capítulo una visión horizontal de la equidad, es decir, ausentes aspectos redistributivos. La cuestión redistributiva o de la equidad vertical internacional nos lleva al capítulo 6, y éste, de modo natural, a las virtudes –al menos desde el punto de vista de la equidad– de un instrumento multilateral para regular la fiscalidad internacional, asunto que examinamos en el Capítulo 7.

Tras el bloque de tratados, pasamos al estudio de los precios de transferencia, donde de nuevo el estudio se agrupa en tres capítulos separados. Los dos primeros versan sobre las que han sido principales carencias del sistema a la hora de detener la sangría del trasvase de beneficios: complejidad por una parte, opacidad por la otra. Los detractores del sistema de precios de transferencia argumentan que estas carencias son de tal magnitud que el sistema no tiene solución y hay que sustituirlo por otro, que denominan “fiscalidad unitaria”. Pero antes de estudiar esa alternativa, es necesario revisitar los precios de transferencia a la luz de las reformas de BEPS, para poder mejor valorar la conveniencia de sustituir el sistema en su conjunto. Esta tarea se aborda en el Capítulo 8, que contiene una valoración de los cambios materiales o sustantivos experimentados por las *Directrices* de la OCDE en el Proyecto BEPS, con especial atención, como es lógico, a aquellas reformas que mejor apuntalan el lado de la equidad. También se realiza una valoración de los cambios de BEPS en el Capítulo 9, dedicado al Informe País por País, aunque en este caso poniendo en relación la equidad con la transparencia. Vistos los cambios de las *Directrices*, en el Capítulo 10 se examina la cuestión de la fiscalidad unitaria o formularia como alternativa a los precios de transferencia, teniendo en cuenta también el relanzamiento del proyecto de la Base Imponible Común en el Impuesto de Sociedades⁶³.

⁶² Por ejemplo, los informes de aplicación o toolkits como el de los incentivos fiscales: FMI, OECD, ONU y Banco Mundial: *Options for Low Income Countries' Effective and Efficient Use of Tax Incentives for Investment*. [en línea] noviembre de 2015. Disponible en <https://www.imf.org/external/np/g20/pdf/101515a.pdf> [Consulta 23 marzo 2016]

⁶³ UE: *Propuesta de Directiva del Consejo Relativa a una Base Imponible Común del Impuesto sobre Sociedades*. 25 de octubre de 2016. COM (2016) 685 Final.

Ubaldo González de Frutos

La equidad fiscal entre naciones como objeto de estudio

Creemos que la tesis aporta un modelo con una importante capacidad explicativa y, hasta cierto punto, una cierta capacidad predictiva.

1.7.- CONTENIDO

En consonancia con el enfoque metodológico descrito, en cuanto a contenido este trabajo presenta tres bloques:

La parte introductoria, con los Capítulos 1 a 4. En este bloque se expone el modelo al que aplicamos la hipótesis. Tras este capítulo introductorio, en el Capítulo 2 tratamos del concepto de la justicia contributiva internacional en el marco de los principios, económicos y jurídicos, que inspiran el sistema de la fiscalidad internacional.

En el Capítulo 3 introducimos el concepto de la financiación para el desarrollo, porque ser este el que nos ofrece una escala donde evaluar la importancia de estudiar la equidad internacional. Se trata de aquilatar la importancia de la fiscalidad de la inversión transfronteriza para las haciendas de los países en desarrollo. Veremos en este capítulo cómo entre las fuentes de financiación del desarrollo la ayuda oficial va perdiendo importancia a favor de la movilización de recursos nacionales⁶⁴. En este concepto se incluyen fundamentalmente tres fuentes de ingresos para las haciendas: los tributos internos, los tributos sobre el comercio exterior y sobre la actividad de las multinacionales en el país, y las rentas de la extracción de recursos naturales. Nuestra atención se va a dirigir especialmente hacia el impuesto de sociedades de las multinacionales, que en los países en desarrollo representa un recurso hacendístico relativamente más importante que en las haciendas de países desarrollados⁶⁵. La necesidad de movilizar los recursos nacionales para financiar los programas de gasto social y la inversión en infraestructuras, y poder así alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas acordados en Nueva York en septiembre de 2015, ha concitado el acuerdo de la comunidad internacional y esto ha reforzado el énfasis sobre la prevención de la planificación fiscal abusiva.

Continuamos en el Capítulo 4 con una mirada a las circunstancias económicas y políticas que están incidiendo más decisivamente sobre la configuración del sistema fiscal internacional: la

⁶⁴ Este concepto fue formulado de forma tan elegante como elocuente en la Reunión de Alto Nivel de la Asociación Mundial para el Desarrollo de julio de 2014 en Ciudad de México como el principio de autonomía financiera de los países en desarrollo: *Ningún país debería depender de terceros para poder cubrir las necesidades del desarrollo de su pueblo*.

⁶⁵ FMI, Fiscal Affairs Department: *Revenue mobilisation in developing countries* [en línea] Consulta 1-1-2016. Disponible en <https://www.imf.org/external/np/pp/eng/2011/030811.pdf> Pgs. 16-18

Ubaldo González de Frutos

La equidad fiscal entre naciones como objeto de estudio

importancia de las multinacionales, las cadenas mundiales de creación de valor, la responsabilidad social corporativa y la transparencia.

En la parte dedicada a la verificación de la tesis comenzamos con una mirada a los tratados fiscales. El Capítulo 5 nos enfrenta a la relación entre los tratados fiscales internacionales y la equidad tributaria, adoptando en este capítulo una visión horizontal de la misma, es decir, ausentes aspectos redistributivos.

Los tratados fiscales atribuyen el ejercicio de la potestad jurisdiccional a uno de los dos países potencialmente competentes en hechos imponibles con puntos de conexión internacional y así, mediante esa atribución en exclusiva o compartida a uno de los dos contendientes, evitar el nacimiento de la doble imposición. Esta formulación sigue siendo esencialmente válida, pero esta tesis tiene muy en cuenta el hecho de que los tratados fiscales trascienden el ámbito técnico de la doble imposición para convertirse en un instrumento de política internacional al servicio de la expansión internacional de las empresas de los Estados contratantes.

Los tratados suponen, en efecto, una autolimitación de los países anfitriones en la inversión internacional, que mediante este pacto internacional se comprometen a compartir el gravamen, a no gravar en absoluto los rendimientos en la fuente (cuando el criterio de tributación admitido en el convenio sea el de “residencia”) o a gravarlos de un modo limitado, cuando el criterio que prevalezca sea el de la fuente. Este punto de vista realza el hecho de que el tratado está concediendo una ventaja a los inversores internacionales y una predictibilidad sobre la estabilidad del sistema, garantizando que la inversión está segura y no se producirá lo que se ha dado en llamar “expropiación lenta”⁶⁶. El argumento de la prevención de la doble imposición es, por ello, formalmente válido, pero no demasiado convincente. La prevención de la doble imposición queda garantizada sin necesidad de tratado por la legislación nacional de los países exportadores de capital, que cuando utilizan sistemas de “renta mundial” conceden deducciones o exención para evitar la doble imposición internacional. Ahora bien, en ausencia de tratado, la

⁶⁶ La idea es que el Estado anfitrión de la inversión, una vez materializada ésta, va a tender a apropiarse de ella. La vía más obvia es la expropiación directa, pero sus costes son muy altos, sobre todo en términos de publicidad negativa para otros inversores, por lo que buscará formas más sutiles de apropiarse de la inversión. Una forma de conseguirlo es aumentar el tipo impositivo, pero también restringir la repatriación de beneficios, imponer nuevas medidas socio-laborales, etc. Este enfoque de expropiación lenta ("*creeping expropriation*") permite al país beneficiarse de la continuidad en la gestión de la empresa por su propietario, eludiendo uno de los principales problemas de la expropiación, a la vez que extrae valor de la misma. Véase GUZMAN, Andrew T: Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties, [en línea] En *Virginia Journal of International Law*, Vol. 38, pp 639-688. 1 de enero de 1997. Disponible en <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1903&context=facpubs> [Consulta 7 Febrero 2016], pg 664.

Ubaldo González de Frutos

La equidad fiscal entre naciones como objeto de estudio

tributación se produce en el país donde se materializa la inversión y, en cambio, con el tratado una parte se marcha al país de residencia⁶⁷. Eso, cuando de hecho se produce el desplazamiento de rentas, pues en los últimos años hemos constatado en los países exportadores de capital una deserción casi general del principio de tributación por la renta global, con fórmulas como la exención de las plusvalías y dividendos de fuentes externas, la exención de la participación, el régimen de holdings, la aceptación del diferimiento del impuesto mediante filiales en paraísos fiscales, y otras técnicas similares que, bajo el empuje de la competitividad internacional, han subrepticamente arrumbado el principio de renta mundial y han traído regímenes territoriales a la práctica totalidad de los países exportadores de capital. En cualquier caso, la distribución de rentas desde países en desarrollo a países desarrollados parece regresiva, y en el capítulo 5 nos preguntamos por los procesos políticos e instrumentos técnicos que podrían, si no introducir resortes de progresividad, sí al menos eliminar los rasgos de regresividad.

Además, en el capítulo 5 nos preguntamos si los tratados fiscales cumplen también una función vertebradora del sistema de la fiscalidad internacional dentro de cada jurisdicción, a la vez que indican una cierta madurez del sistema tributario y una relativa apretura de la economía que lo sustenta. Observamos que los países en desarrollo cuentan con un número de tratados muy inferior al de las economías avanzadas, de donde surge la pretensión de firmar más convenios para mejorar la imagen del país y su atractivo para los inversores extranjeros. Nos preguntamos si esta opinión, muy extendida en los países en desarrollo, pertenece a la realidad o al mito, y cuál es la estrategia que deberían seguir ante la disyuntiva de seguir la corriente para tratar de atraer más inversores, o mantener su potestad tributaria para gravar los rendimientos en la fuente. En la respuesta a esta pregunta seguimos el método de la *literature review*, analizando un corpus relativamente amplio de estudios que a partir del año 2000 han tratado de demostrar empíricamente la existencia o inexistencia de esa relación. Como veremos en su momento, la enseñanza de este capítulo es que los países en desarrollo deberían ser muy cuidadosos y concluir tratados sólo cuando existan suficientes evidencias de los beneficios tangibles asociados a su conclusión.

La cuestión redistributiva o de la equidad vertical internacional nos ocupa en el capítulo 6, donde examinamos las escasas posibilidades de que prospere en el sistema vigente, y en consecuencia acudimos a un estudio de Filosofía del Derecho que pudiera servir de base al

⁶⁷ Este efecto queda atemperado por el hecho de que normalmente la inversión se produce mediante filiales, y por tanto el criterio de residencia no significa en este caso desplazamiento de los rendimientos tributarios al país de procedencia de la multinacional.

Ubaldo González de Frutos

La equidad fiscal entre naciones como objeto de estudio

desarrollo futuro de una función redistributiva en la fiscalidad internacional. En este capítulo contrastamos los conceptos de cosmopolitismo y nacionalismo, demostrando que sería posible introducir elementos de equidad en el sistema de la fiscalidad internacional global.

El estudio de la redistribución y de la participación de los países en desarrollo en la formación de los estándares internacionales lleva de modo natural a la consideración de las virtudes teóricas –al menos desde el punto de vista de la equidad– de un instrumento multilateral para regular la fiscalidad internacional, asunto que examinamos en el Capítulo 7 una vez publicado el texto del Instrumento de la Acción 15 de BEPS. Esta indagación sobre un aspecto tan fundamental en la arquitectura del sistema fiscal internacional (como es la bilateral o multilateralidad) incide sobre la equidad, pues el sistema bilateral por lógica tiende a perpetuar las desigualdades de las naciones, alcanzando lo que Blum ha denominado “la uniformidad discriminatoria”⁶⁸. La inclinación a firmar tratados bilaterales, que ha dominado en el S. XX, parece guiada por el objetivo de extraer para el país las mayores ventajas. Los funcionarios que discuten el borrador del convenio se denominan *negociadores*, y su objetivo es volver a casa con el resultado más favorable posible. En este contexto no hay mucho espacio para la equidad internacional, obtener ventajas es sinónimo de éxito y hacer concesiones a la solidaridad sería un fracaso, lo que abre una reflexión sobre si este es el planteamiento correcto de las relaciones internacionales en el campo de la fiscalidad. Examinamos la cuestión de la arquitectura de la fiscalidad internacional a la luz de un incipiente pero pujante multilateralismo, y evaluamos las ventajas e inconvenientes que presentaría un enfoque multilateral para distribuir la potestad tributaria.

Tras el bloque de tratados, pasamos al estudio de los precios de transferencia, donde de nuevo la temática se distribuye, por razones prácticas relacionadas con su extensión, en tres capítulos. Los dos primeros versan sobre las lagunas técnicas que, antes de BEPS, afectaban a este estándar sobre todo en materia de intangibles, riesgos, operaciones de escaso valor añadido y otras carencias materiales, así como la falta de transparencia del conjunto del sistema. Revisamos los precios de transferencia a la luz de las reformas de BEPS, para poder mejor valorar la conveniencia de sustituir el sistema en su conjunto, ofreciendo una valoración de los cambios materiales o sustantivos experimentados por las *Directrices* de la OCDE en el Proyecto BEPS, con la vista puesta en aquellas reformas que incrementan la equidad horizontal. También

⁶⁸ BLUM, Gabriela: “Bilateralism, Multilateralism and the Architecture of International Law”. En *Harvard International Law*. Volumen 49, núm. 2, 2008, pg. 340

Ubaldo González de Frutos

La equidad fiscal entre naciones como objeto de estudio

analizamos una antigua reivindicación de las ONGs en favor de la transparencia y de la justicia, el informe país por país, que efectivamente –pensamos– habrá de hacer mucho por la equidad al atribuir mayores rendimientos a los territorios donde se realizan las actividades productivas, y menos a los territorios de conveniencia.

El informe país por país, una de las creaciones más innovadoras del Proyecto BEPS, ciertamente habrá de favorecer a los países en desarrollo por la vía directa de brindarles un instrumento para analizar el riesgo de abuso mediante precios de transferencia y otros abusos de BEPS, y por la vía indirecta al actuar como un corrector preventivo, un factor de autodisciplina de las MNEs que, expuestas a una mayor transparencia, deberían tender a un mejor cumplimiento, en un escenario de gobierno corporativo reforzado y conciencia del peligro del daño a la reputación. En este capítulo examinamos la importancia de esta transparencia, particularmente en el mundo de la industria extractiva, y también algunos elementos que los países en desarrollo demandaban y no han conseguido: sobre todo la consecución de una norma internacional de contabilidad (NIC/NIIF) por el International Accounting Standards Board que regulase el IPPP como un documento contable, de suerte que su contenido fuese de general conocimiento mediante los procedimientos ordinarios de publicidad de la información contable. Puesto que, en su lugar, lo que se ha puesto en práctica es una mera declaración informativa fiscal, y por tanto con carácter reservado, y además limitada a la función de servir al análisis de riesgos, podemos concluir que el IPPP se ha quedado lejos de su potencial.

En general, la solución negociada en BEPS no ha satisfecho ni a las haciendas de los países en desarrollo, que recelan de un obstruccionismo pasivo en la circulación de la información, ni a los paladines de la transparencia, que discrepan en cuanto a los principios y simplemente niegan el carácter reservado de la información desglosada por países; ni a las asociaciones representativas de las multinacionales, que se quejan del incremento de costes para cumplir con esta nueva obligación. Puede parecer, por consiguiente, que la valoración general del IPPP es negativa, y sin embargo creemos que la insatisfacción de unos y otros es un indicador de que la solución adoptada es bastante equilibrada. En cualquier caso, el propio informe BEPS de la Acción 13 reconoce que la solución es provisional y recomienda una revisión antes de 2020. Las posibilidades de evolución del IPPP hacia un estándar contable, o de una reforma sustantiva de la plantilla de la declaración fiscal y del mecanismo de intercambio de información, son elementos que se valoran también en este capítulo.

Vistos los cambios de las Directrices, en el Capítulo 10 se examina la cuestión de la fiscalidad unitaria o formularia como alternativa a los precios de transferencia, teniendo en cuenta también

Ubaldo González de Frutos

La equidad fiscal entre naciones como objeto de estudio

el relanzamiento del proyecto de la Base Imponible Común y Consolidada en el Impuesto de Sociedades de la UE.

El debate sobre la imposición unitaria o formularia como alternativa al principio de plena competencia y al sistema de precios de transferencia surge una vez más de la mano de la cuestión de la equidad. Las ONGs y cierta doctrina⁶⁹ han denunciado la desigualdad internacional que este sistema en su opinión facilita, al resultar virtualmente inaplicable por las haciendas de los países en desarrollo. La aplicación de los precios de transferencia, argumentan, requiere abundante información y una profesionalización elevada, unos recursos que están más al alcance de las multinacionales y sus asesores fiscales que de las haciendas de países menos desarrollados. La verificación inspectora de los precios de transferencia es un ejercicio que ciertamente requiere mucha información y experiencia, y los países en desarrollo padecen escasez de una y otra. Por ello, se argumenta, el sistema está desequilibrado a favor de las multinacionales al ponerlas en situación de preferencia con respecto a las Haciendas. Examinamos la viabilidad de esta “fiscalidad unitaria”, un modelo hipotéticamente más justo, pero no exento de controversia.

⁶⁹ Por ejemplo, PICCIOTTO, Sol: *Is the International Tax System Fit for Purpose, Especially for Developing Countries?* [en línea] International Center for Tax and Development. Working Paper 13. <http://www.ictd.ac/en/publications/international-tax-system-fit-purpose-especially-developing-countries> [Consulta 16 enero 2016]

2.- Los principios del sistema tributario internacional, en particular, el principio de equidad.

2.1.- PRESENTACIÓN

Un creciente número de intelectuales y organizaciones, públicas y privadas, viene reclamando en los últimos años una mayor equidad en el sistema tributario internacional. La validez universal de esta proposición es difícilmente cuestionable; pero más allá de su atractivo intuitivo, y precisamente porque su excesiva generalidad puede convertirlo en un *flatus vocis*, en esta tesis doctoral examinamos los resortes que pueden materializar en la práctica el principio de justicia dentro de los elementos estructurales más importantes del sistema tributario internacional, especialmente los tratados de doble imposición y los precios de transferencia.

Para abordar sistemáticamente la materia, este capítulo examina la dogmática de los principios del sistema fiscal internacional en tanto que concreción de la teoría general de la imposición, poniendo de relieve similitudes y diferencias con el marco de los valores rectores del derecho nacional o interno, demostrando que en éste el principio de equidad tiene hoy todavía mayor virtualidad que en el concierto internacional, donde su recepción es relativamente reciente.

Examinaremos el proceso de aplicación de la noción de la equidad a la fiscalidad internacional desde un punto de vista diacrónico, comenzando con los trabajos de la Sociedad de las Naciones de los Años 20. Prestaremos especial atención al concepto de equidad entre naciones, desarrollado por la Asamblea General de las Naciones Unidas después de la descolonización en los Años 1960-70, y examinaremos los primeros trabajos doctrinales que han aplicado el principio de justicia a la fiscalidad transfronteriza, para cuestionarnos finalmente sobre la dimensión actual de este principio.

2.1.- SOBRE LA EXSITENCIA DEL SISTEMA TRIBUTARIO INTERNACIONAL

Con carácter preliminar debemos responder a la pregunta de si puede hablarse con propiedad del “sistema tributario internacional”, teniendo en cuenta que no existe una institución que ostente el mandato de regular o administrar la gobernanza fiscal internacional, ni un texto básico reconocido como “constitución” o norma fundamental del derecho tributario internacional. La pregunta ha recibido distintas respuestas, pero para nosotros ésta no puede ser sino afirmativa.

Para nosotros, el sistema fiscal internacional tiene entidad autónoma, existe como conjunto de reglas y principios⁷⁰, pero esta no es una proposición compartida por todos. El Proyecto BEPS trajo al primer plano de la actualidad la cuestión de la arquitectura fiscal internacional, y varios comentaristas, de muy distinto signo, coincidieron a la hora de dar por sentado que tal sistema existe⁷¹, pero en la doctrina esta cuestión resulta algo más controvertida. La ontología del sistema fiscal internacional ha sido examinada con detenimiento por Avi-Yonah, quien ha llegado a la conclusión afirmativa: existe un sistema fiscal internacional coherente, constituido por el corpus de tratados existentes más la legislación interna de cada uno de los países⁷². Dicho corpus pertenecería, según Avi-Yonah, al Derecho internacional público, tanto positivo como consuetudinario, lo que significa no sólo que el sistema existe, sino que además tiene una fuerza normativa que restringe la soberanía de los Estados a la hora de dictar normas domésticas o pactar convenios, pues han de respetar unas normas mínimas aceptadas como costumbre internacional, que lógicamente evolucionan al paso que evoluciona la propia sociedad internacional. Esta posición ha sido defendida también por autores como Ring⁷³ o Ault⁷⁴, siendo de hecho la posición mayoritaria en la doctrina.

⁷⁰ El Informe BEPS define el sistema fiscal internacional como el conjunto normativo, contenido esencialmente en las legislaciones tributarias nacionales, en los convenios de doble imposición y en otros instrumentos de derecho internacional, que disciplina los efectos tributarios de las actividades transfronterizas. (OCDE, *Informe BEPS*, 2013. *Ibíd*em, pg. 39).

⁷¹ Desde una perspectiva oficial, el Secretario General de la OCDE ha dicho: “*La OCDE ha contribuido a situar el sistema tributario internacional en el primer plan o de la agenda política internacional*” (GURRÍA, Angel. *Urgente: Un nuevo marco fiscal internacional*. El País, 13 de noviembre de 2015), mientras desde una perspectiva más crítica ha dicho Sol Picciotto: “*El Plan contempla un ambicioso programa de trabajo de 30 meses cuyo objetivo es reparar lo que se acepta como un sistema disfuncional*” (PICCIOTTO, Sol: ¿La OCDE puede reparar el sistema Fiscal Internacional? En *Enfoque Internacional*, No. 12, Análisis Tributario, Lima, Perú).

⁷² AVI-YONAH, Reuven S., *International Tax as International Law: An Analysis of the International Tax Regime*. Cambridge Tax Law Series, Cambridge University Press 2007, pgs. 2-4

⁷³ RING, Diane. Prospects for a Multilateral Tax Treaty. En *Brooklyn Journal of International Law* 26, no.4, 2001, pgs. 1699-1710

⁷⁴ AULT, Hugh: The importance of international co-operation in forging tax policy. En *Brooklyn Institute of International Law*, no. 26, 1963, págs. 1693-1697.

Ubaldo González de Frutos

Los principios del sistema tributario internacional

Ahora bien, esto no significa que esta especie carezca de detractores. Por ejemplo, sostiene Graetz⁷⁵ que no existe el sistema fiscal internacional y que, en consecuencia, el legislador es libre de adoptar cualquier norma que tenga por conveniente. También es de la misma opinión Rosenbloom⁷⁶, quien ha defendido que EEUU debe mantener una política tributaria internacional competitiva, y por ende unilateral, que aproveche las diferencias entre los sistemas fiscales de los distintos países para crear un sistema fiscal nacional más competitivo. Dado que para tal propósito el sistema fiscal internacional actuaría como brida, Rosenbloom se esfuerza por demostrar que no existe tal ente. En su lugar, se apeg a una visión positivista según la cual sólo existen las normas de cada país, ya sean convencionales, ya sean internas, y a partir de la observación de que esas normas varían notablemente, concluye que no puede hablarse de un sistema propiamente dicho. Curiosamente, porque lo hace desde una posición ideológica antitética, coinciden Carbajo Vasco o Brauner en negar la existencia del sistema fiscal internacional, aunque en su caso no por exceso sino por defecto. Así es, mientras a Rosenbloom el sistema internacional le parece un estorbo porque se adscribe a una ideología nacionalista, Carbajo se siente frustrado desde postulados cosmopolitas por el bajo nivel de armonización internacional del Derecho tributario⁷⁷. Brauner, desde el mismo ángulo, considera la ilusión de la creación de un sistema mundial de imposición único como algo utópico⁷⁸.

⁷⁵ GRAETZ, Michael J.: "Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts, and Unsatisfactory Policies" [en línea]. En *Tax Law Review*, 54. 261, 1.1.2001. 77 págs. Disponible en http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2617&context=fss_papers [consulta 25.1.2016], página 311.

⁷⁶ ROSENBLOOM, David: International Tax Arbitrage and the "International Tax System". En *Tax Law Review*, no. 53, 137, 2000.

⁷⁷ "Algunos podrían, en principio, negar la mayor, es decir, la propia existencia de tal "sistema tributario mundial", al afirmar que la soberanía de los Estados nacionales sigue siendo la característica fundamental en materia de tributación y que, por lo tanto, no hay siquiera tendencias universales en materia de fiscalidad, pues cada nación, país o territorio establece el esquema fiscal que más conviene a sus intereses o, mejor dicho, a los intereses de los grupos en el poder. Y, ciertamente, no podemos estar más de acuerdo con tal planteamiento y, precisamente, es la ausencia de tal "sistema tributario mundial", en el sentido de un elenco articulado de tributos y de aplicación de los mismos, regulado por unos principios tributarios comunes y al servicio de determinados objetivos, lo que resulta ser la primera constatación de que el sistema fiscal o, mejor dicho, la ausencia del mismo, constituye una de las causas de la crisis sistémica internacional". CARBAJO VASCO, Domingo: *La crisis sistémica mundial y el sistema tributario*. [en línea] CIAT, martes 8 de enero de 2013. Disponible en <http://www.ciat.org/index.php/es/blog/item/99-la-crisis-sistemica-mundial-y-el-sistema-tributario.html> [Consulta en 26 de febrero de 2016]. El subrayado es nuestro.

⁷⁸ "La gran ilusión de un Sistema fiscal único a nivel mundial que elimine todas las ineficiencias y ayude a todas las naciones del mundo a maximizar la recaudación se considera generalmente una utopía". En BRAUNER, Yariv: An international tax regime in crystallisation: Realities, Experiences and Opportunities. En *Tax Law Review*, 56, 259. 1 enero de 2003. 71 págs. [en línea, disponible en <http://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1009&context=facultypub> consulta 25 de enero de 2016], página 259.

Ubaldo González de Frutos

Los principios del sistema tributario internacional

En nuestra opinión, es difícil negar la existencia del Derecho internacional fiscal, salvo que con ello se persigan posiciones ideológicas extremas, empeñadas bien en negar límites a la soberanía tributaria, bien en reclamar una armonización profunda, incluso en demandar la institución de una autoridad tributaria mundial⁷⁹.

En un análisis objetivo, si partimos de la definición canónica de sistema como un “conjunto de reglas o principios sobre una materia enlazados entre sí”⁸⁰, concluimos que de ambos está bien surtido el derecho fiscal internacional. Existe la que, Brauner⁸¹ y Ault⁸² denominan “regla global”, que no es otra que el Modelo de Convenio de Doble Imposición, en sus dos versiones de ONU y OCDE, y a su lado más de tres mil convenios bilaterales que actualizan con mayor o menor fidelidad la regla general. Por añadidura, los dos modelos existentes, aparte de ser muy similares entre sí, expresan su voluntad de ser seguidos por los Estados en general, lo que contribuye a acentuar su carácter normativo. La existencia de este conjunto normativo, estándares y normas concretas, que suelen designarse como “red” de convenios, utilizando un concepto que también apunta en dirección a la sistematización, sería suficiente para sostener que existe un sistema.

Ahora bien, esta posición tiene una debilidad en el hecho de que el “texto fundacional”, es decir, el Modelo de Convenio de Doble Imposición, no sea una norma jurídica propiamente dicha, como pudiera ser un tratado, sino simplemente una recomendación dictada por una organización internacional de 34 miembros, una forma de *soft law* que carece de fuerza vinculante más allá de los Estados Miembros de la OCDE. Como hemos anotado ya, Avi-Yonah⁸³ resuelve esta cuestión afirmando que existen normas de derecho fiscal internacional que han alcanzado la cualidad superior de normas consuetudinarias y, por tanto, cuando los países, cualesquiera que sean, negocian tratados y dictan normativa interna, se acogen a ellas porque se han revestido de *opinio iuris*. Existiría, para Avi-Yonah, una ontología jurídica fundamental en el sistema, un

⁷⁹ En este sentido, véase por ejemplo OCAMPO, José Antonio. *Una derrota para la cooperación fiscal internacional*. El País, 13 de agosto de 2015.

⁸⁰ Diccionario de la Real Academia Española

⁸¹ “the closest existing analogy to a global (though partial) set of tax norms”, lo más parecido a un conjunto de normas globales (aunque sean parciales). En BRAUNER, Yariv: “An international tax regime in crystallisation: Realities, Experiences and Opportunities”. [en línea] En *Tax Law Review*, 56, 259. 1 enero de 2003. 71 págs. Disponible en <http://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1009&context=facultypub> [consulta 25 de enero de 2016].

⁸² El profesor Thuronyi también sostiene que el modelo de la OCDE casi ha adquirido el estatus de un acuerdo internacional (en AULT, Hugh. *The importance of international...*, 2000, ibidem, pg. 1694).

⁸³ Avi-Yonah, 2007, ibidem, Pg. 5.

Ubaldo González de Frutos

Los principios del sistema tributario internacional

conjunto normativo que va más allá de una práctica concurrente, y que cuando los países la siguen lo hacen asumiendo que es obligatoria⁸⁴.

En consecuencia, si el derecho internacional tributario es consuetudinario, opera aun en ausencia de tratados, y esto se evidencia en que, si bien es cierto que las normas varían notablemente de un país a otro, no es menos cierto que también observan un grado alto de convergencia. La terminología que utilizan es común y las soluciones legislativas convergentes. La antigua dicotomía entre territorialidad y renta mundial, por ejemplo, se ha ido difuminando progresivamente por la globalización. Los países que se basaban en el principio de renta mundial han ido progresivamente incorporando elementos que la matizan, como el impuesto sobre la renta dual, mientras que, a la vez, los países con principio de territorialidad se han movido hacia esquemas que incorporan también rentas de origen foráneo. La convergencia es aún mayor en fiscalidad internacional *strictu sensu*, porque el diálogo fiscal internacional impulsa a intercambiar ideas sobre políticas tributarias y lograr soluciones convergentes. Por ejemplo, la mayoría de los países de la OCDE gravan las rentas pasivas mediante el criterio de devengo, sin esperar a la repatriación, utilizando las normas CFC, una técnica de transparencia fiscal internacional que en origen era una institución exclusiva del derecho norteamericano, recibida después en España⁸⁵ como en otros países de la OCDE, y que hoy se ha globalizado gracias a la Acción 3 de BEPS⁸⁶.

En el mundo globalizado, además, ningún país es enteramente libre de adoptar normas autóctonas en fiscalidad internacional, por miedo a desincentivar la inversión trasfronteriza. Si hace un siglo la firma de tratados era un ejercicio voluntario que generaba obligaciones sinalagmáticas, hoy en día existe una importante presión política para la firma de convenios, lo que evidencia el carácter consuetudinario de este corpus. Algunas reglas concretas han pasado al

⁸⁴ Leppard refiere el caso del Tesoro Norteamericano, que cuando estaba inmerso en la reforma de los Precios de Transferencia en 1998 se preguntó si era obligatorio para EEUU utilizar el principio de plena concurrencia. De acuerdo con los documentos del Tesoro, Estados Unidos estaba efectivamente obligado a utilizar el *arm's length principle* porque le obligan todos los tratados norteamericanos vigentes, el modelo de tratado estadounidense, y los modelos OCDE y ONU, pero no fue tan allá como para considerar que se tratase de una norma consuetudinaria. Véase LEPARD, Brian D. "Is the United States obligated to drive on the right? A multidisciplinary inquiry into the normative authority of contemporary international tax law using the Arm's Length Standards as a case study." En *Duke Journal of Comparative & International Law* 43-190, 1999. [en línea, disponible en <http://scholarship.law.duke.edu/djcil/vol10/iss1/3>, consulta 24 de enero de 2016]. Pg. 57.

⁸⁵ Incorporada por primera vez a nuestro Derecho positivo por La Ley 42/1994, de 30 de Diciembre, de Medidas fiscales, Administrativas y de Orden Social.

⁸⁶ OCDE. *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules. Action 3, 2015 Final report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015, 69 pgs. ISBN 978-92-64-24114-5

Ubaldo González de Frutos

Los principios del sistema tributario internacional

Derecho interno con absoluta generalidad, como la eliminación de la doble imposición, ya sea por el método de la exención, ya de la imputación, lo que indicaría que son claramente consuetudinarias. Además, el principio de prevalencia de los tratados sobre la legislación interna, profundamente arraigado a través del Convenio de Viena del Derecho de los Tratados⁸⁷, los aísla de cambios puramente internos y por tanto, una vez que un país en desarrollo firma su primer tratado, su margen de maniobra en fiscalidad internacional empieza a estar limitado. La red de más de 3.000 tratados existentes constituye un derecho fiscal internacional con terminología y disposiciones comunes, como el principio de la tributación única, que dispone que solo deba tributar una vez, y el principio de la tributación por el beneficio, que *grosso modo* distribuye la potestad entre fuente y residencia según que se trate de rentas activas o pasivas.

2.2.- LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL SISTEMA

El otro elemento determinante de la existencia de un sistema es la existencia de principios fundamentales. Podemos decir que todos los sistemas tributarios nacionales se estructuran en torno a una combinación de dos principios: eficiencia y equidad o justicia, sin perder de vista el objetivo de la suficiencia recaudatoria⁸⁸.

Pues bien, en fiscalidad internacional existen básicamente dos principios fundamentales, tal como han sido formulados por Avi-Yonah: el de tributación única, que responde a la cuestión de cuántos países pueden gravar una renta, y cuyo corolario es la obligación de eliminar la doble imposición, y el del beneficio, que responde a la cuestión de cómo se divide la potestad tributaria, y que se resuelve en el principio de que las rentas activas han de gravarse fundamentalmente en la fuente y las rentas pasivas preferentemente en residencia⁸⁹.

Esta formulación, muy acertada por lo demás, es un ejemplo de la escasa atención que los tratadistas han prestado tradicionalmente a los principios jurídicos⁹⁰ de la fiscalidad

⁸⁷ Recogido en el artículo 96 de nuestra Constitución: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”

⁸⁸ La eficacia y la justicia son elementos comunes en la descripción de un sistema tributario desde que en 1776 Adam Smith escribiera en la Riqueza de las Naciones: “*equal and fair treatment for all, certainty, no arbitrariness and efficiency of collection*”. Como recordaba recientemente M. Lagares en un ensayo periodístico: “*Un sistema impositivo debe fundamentarse en la suficiencia de sus recaudaciones, en su eficiencia para no obstaculizar el crecimiento y en la equidad del conjunto de sus componentes*” (LAGARES, Manuel: *Un sistema Impositivo Adecuado*. El Mundo, martes 16 de febrero de 2016, página 6)

⁸⁹ Avi-Yonah, *International Tax as International Law...*, 2007, ibíd. Pg. 3

⁹⁰ La dicotomía de principios económicos frente a principios jurídicos es controvertida porque los primeros, desde el momento en que se incorporan a textos legales, adquieren naturaleza jurídica. Sin

internacional y en su lugar se hayan centrado exclusivamente en la eficiencia económica y en sus dos posibles materializaciones: la neutralidad en la importación de capitales y la neutralidad en la exportación de capitales.

Este reduccionismo contrasta abiertamente con la fiscalidad nacional, donde la dogmática es mucho más amplia, tanto a nivel legislativo⁹¹ como a nivel doctrinal⁹², hasta el punto de que podemos decir con Graetz⁹³ que la diferencia fundamental entre ambos sistemas es que en la fiscalidad internacional los principios se limitan a la eficiencia económica, mientras que en la fiscalidad nacional el principal asunto es la justicia contributiva, sin olvidar la eficiencia económica y el crecimiento. Esta diferencia en el orden de los principios es lo que se examina

embargo, se trata de una distinción intuitiva y la doctrina la ha utilizado con frecuencia. Así, por ejemplo, Kemmeren titula su artículo: “Los principios económicos y jurídicos apoyan un modelo de política de tratados basado en la fuente y en la neutralidad en la importación de capitales antes que un modelo basado en residencia y neutralidad en la exportación de capitales”. (KEMMEREN Eric C.C.M.: Legal and Economic Principles Support an Origin and Import Neutrality-Based over a Residence and Export Neutrality-Based Tax Treaty Policy. En LANG *et alii*, ed. *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*, IBFD, Amsterdam, 2010. pp. 237-310).

⁹¹ Así en España los principios de fiscalidad han alcanzado rango constitucional, recogidos en el Artículo 31.1 de la Constitución: “*Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio*”. Además, el artículo 3 de la Ley General Tributaria contiene, con buena sistemática, los *Principios de la ordenación y aplicación del sistema tributario*.

1. *La ordenación del sistema tributario se basa en la capacidad económica de las personas obligadas a satisfacer los tributos y en los principios de justicia, generalidad, igualdad, progresividad, equitativa distribución de la carga tributaria y no confiscatoriedad.*
2. *La aplicación del sistema tributario se basará en los principios de proporcionalidad, eficacia y limitación de costes indirectos derivados del cumplimiento de obligaciones formales y asegurará el respeto de los derechos y garantías de los obligados tributarios.*

⁹² Es fundamental la obra *Principios de la Imposición*, de Fritz Neumark, publicada en 1970, y traducida en España por vez primera en 1973 (NEUMARK, Fritz: *Principios de la Imposición*. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1994. Segunda Edición, 445 págs.) Los principios de la imposición se encuentran sistematizados también en manuales como el de MARTÍN QUERALT, Juan, LOZANO SERRANO, Carmelo, TEJERIZO LÓPEZ, José Manuel y CASDO OLLERO, Gabriel: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, Madrid, Ed. Tecnos, Vigésimo quinta edición, 2015, páginas 99 a 131. En el ámbito particular de la imposición internacional destaca Carlos María López Espadafor (LÓPEZ ESPADAFOR, Carlos María: *La Estructuración del Derecho Financiero y Tributario Internacional y Comunitario*. En *Crónica Tributaria* 125/2007. [en línea, disponible en http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/fiscalidad_internacional/125_estructuracion.pdf, consulta 27 de marzo de 2016], y su obra posterior *Principios Básicos de Fiscalidad Internacional*. Marcial Pons, Madrid, 2010. Más recientemente, RUBIO GUERRERO, Juan José: *Principios Básicos de la Fiscalidad Internacional y la Doble Imposición Internacional*, en CORDÓN EZQUERRO, Teodoro (Ed.) *Manual de Fiscalidad Internacional*. Instituto de Estudios Fiscales. 4 Ed. Madrid ISBN: 978-84-8008-387-4, págs. 37-68. También SAINZ DE BUJANDA, Fernando: *Un Esquema de Derecho Internacional Financiero*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, 1983. Para la fiscalidad comunitaria, FALCÓN Y TELLA, Ramón: *Introducción al Derecho Financiero y Tributario de las Comunidades Europeas*. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense - Editorial Civitas, Madrid, 1988.

⁹³ Graetz, 2001, *ibidem*, pg. 276

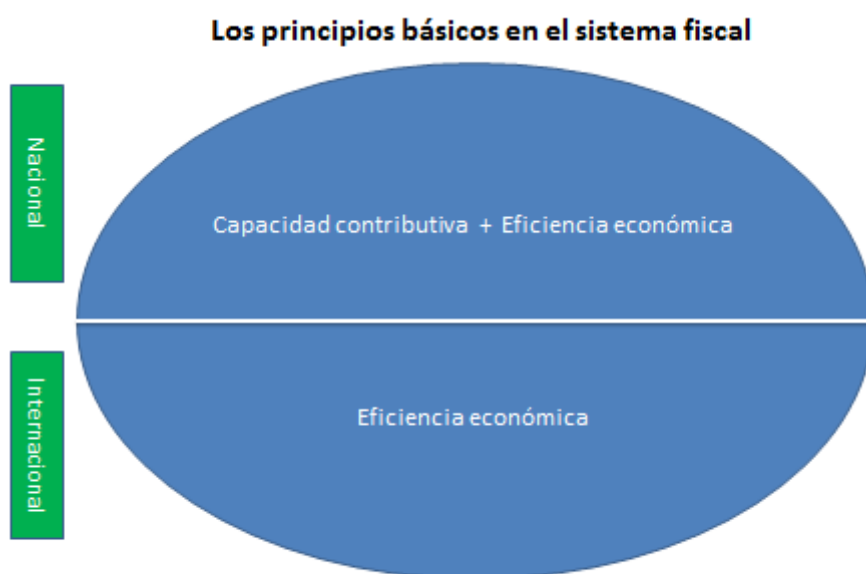
Ubaldo González de Frutos

Los principios del sistema tributario internacional

en esta tesis. Como afirman Paolini, Pistone, Pulina y Zagler, “para la consecución de la equidad internacional es necesario establecer un diálogo entre los expertos económicos y los juristas, para que los tratados se conviertan en una herramienta de asignación equitativa de la potestad tributaria y fomentar la cooperación entre naciones desarrolladas y en desarrollo para que en todos los territorios se pueda preservar la integridad de las bases imponibles en la era de la transparencia fiscal global”⁹⁴.

La dicotomía entre principios económicos y jurídicos, así como la preeminencia de los primeros en detrimento de los segundos en el campo de la fiscalidad internacional, responde a un contexto histórico en que las relaciones internacionales se definían a partir del colonialismo, un contexto muy distinto del actual en que impera el postulado de la igualdad de las naciones, y por consiguiente hemos de ver si el muy simplificado esquema que se presenta en la figura 1 sigue vigente hoy o, en caso contrario, cómo ha cambiado y cuáles deberían ser los principios de la fiscalidad internacional hoy.

Ilustración 1: Los principios básicos en el sistema fiscal



⁹⁴ Véase PAOLINI, Dimitri, PISTONE, Pasquale, PULINA, Giuseppe y ZAGLER, Martin. *Tax treaties and the allocation of taxing rights with developing countries*, Centre for Operations, Research and Economics. Bélgica 14 de abril de 2011. Página 4.

Si, como sugiere Avi-Yonah⁹⁵, esta diferencia estructural es verdadera, es evidente que el camino para completar el sistema tributario internacional es profundizar en el elemento de justicia. La ausencia de un principio ético explícito en el derecho fiscal internacional encuentra sus raíces en su misma construcción dogmática, apoyada en principios económicos. El edificio de la fiscalidad internacional se asienta, en efecto, sobre el Informe de 1923 de los cuatro economistas comisionados por la Sociedad de las Naciones⁹⁶, que inspiraron los trabajos de la Comisión de Fiscalidad hasta llegar al Modelo de Convenio de 1928. Aunque Graetz ha hecho notar que el principio de equidad también se tuvo en cuenta en los momentos inaugurales del sistema fiscal internacional⁹⁷, lo cierto es que los trabajos de la Sociedad de las Naciones recayeron en economistas y no en juristas, lo cual explica la preeminencia de los principios económicos en detrimento de principios jurídicos⁹⁸.

No se pretende sostener, naturalmente, que el sistema esté ayuno de principios jurídicos. Los propios economistas de la Sociedad de las Naciones propusieron para el Modelo de Convenio el principio de no discriminación, y otros han ido formulándose con el tiempo, como el de soberanía, extraterritorialidad, ineficacia del poder tributario fuera de su territorio o el discutido principio de cooperación internacional en la aplicación de los tributos⁹⁹. Lo que raramente encontramos, a salvo aportaciones doctrinales recientes que proponen equilibrar los principios

⁹⁵ La preeminencia de los principios económicos en detrimento de otros jurídicos se ha sostenido por AVI-YONAH, Reuven: "The Structure of International Taxation: A Proposal for Simplification", En *Texas Law Review*, 74, 1996. Pgs. 1301-1303.

⁹⁶ El profesor Edwin R.A. Seligman, de los Estados Unidos, Sir Josiah Stamp, del Reino Unido, el Profesor G.W.J. Bruins, de los Países Bajos, y el Profesor Luigi Einaudi de Italia. Véase GRAETZ, Michael J.: "The 'Original Intent' of US International Taxation". En *Faculty Scholarship Services* [en línea] Vol. 46, 1997, pg. 1074. Disponible en <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=dlj> [Consulta: 15 enero 2016]

⁹⁷ Según Graetz, la preocupación por la equidad en el derecho fiscal internacional es un tema constante en los trabajos de T.S Adams, otra figura señera en el nacimiento de la fiscalidad internacional. Graetz hace notar que la equidad es uno de los motivos que impulsaron a T.S Adams a reformar el *Income Tax* norteamericano entre 1918 y 1921, lo cual es para Graetz el verdadero momento seminal del sistema fiscal internacional. En su opinión, Adams es una figura señera en el nacimiento de la fiscalidad internacional al mismo nivel que los cuatro economistas de la Sociedad de las Naciones. (Véase GRAETZ, Michael J.: "Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts, and Unsatisfactory Policies" [en línea]. En *Tax Law Review*, 54. 261, 1.1.2001. 77 pgs. Disponible en http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2617&context=fss_papers [consulta 25.1.2016] y "The 'Original Intent' of US International Taxation", 1997. *Ibidem*, pg. 1027).

⁹⁸ En fechas relativamente recientes se prestado atención a la reconciliación de los principios económicos y los jurídicos. Es el caso de Kim Brooks en BROOKS, K.: *The Potential of Multilateral Tax Treaties*. En *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*, Michael Lang et. al. eds., IBFD, 2010.

⁹⁹ Así lo califica LÓPEZ ESPADAFOR, Carlos María. *Principios Básicos de Fiscalidad Internacional*. Marcial Pons, Madrid, 2010, páginas 56-61.

Ubaldo González de Frutos

Los principios del sistema tributario internacional

económicos con otros jurídicos¹⁰⁰, es un principio de justicia distributiva. Así es, mientras que a nivel nacional los debates políticos giran normalmente en torno a dos parámetros básicos: minimizar las distorsiones económicas causadas por la imposición, el denominado “peso muerto” de los tributos, y las consideraciones de justicia redistributiva, en cambio, en el sistema tributario internacional predomina casi exclusivamente el criterio de la eficiencia económica.

2.2.1.- LOS PRINCIPIOS ECONÓMICOS DE LA FISCALIDAD INTERNACIONAL

Los principios económicos tienen como objetivo lograr la eficiencia, que se relaciona con los efectos distorsionadores de los tributos¹⁰¹. Todo gravamen interfiere en las decisiones de asignación de los recursos disponibles y por tanto distrae del óptimo paretiano las posibilidades de crecimiento. Este fenómeno, conocido también por el nombre de “peso muerto de la imposición” está suficientemente descrito desde hace muchos años¹⁰², como también está claro que las distorsiones en las decisiones de inversión transfronteriza son lesivas para el crecimiento porque impiden explotar plenamente las ventajas comparativas de los respectivos mercados¹⁰³. El objetivo de eficiencia se alimenta también en la teoría de los fallos del sector público, que lleva a marcar un objetivo de neutralidad: cuanto menos distorsionador sea el tributo, mayor eficiencia tendrá.

El enfoque económico se concreta, así pues, en la neutralidad económica, llamada también eficiencia estándar, que a su vez tiene varias dimensiones, la neutralidad en la exportación de

¹⁰⁰ Pistone, a partir de la constatación de que el MCOCDE es absolutamente prevalente para los países en desarrollo, debido fundamentalmente a la estabilidad de sus provisiones y a la propia facilidad de la negociación, propone una redistribución de la potestad impositiva más equilibrada. Para Pistone, los Comentarios al Modelo se han convertido en una fuente de *soft law* a la vez que ha perdido relevancia el MCONU, lo que justifica la búsqueda de un MCOCDE más equilibrado. Véase PISTONE, Pasquale. “Tax Treaties with developing Countries: a plea for new allocation rules and a combined legal and economic approach”. En Lang *et alii*, *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*, IBFD, Amsterdam, 2010. pp. 413-439.

¹⁰¹ Aunque suele atribuirse la elaboración doctrinal de los principios económicos a los cuatro economistas de las Naciones Unidas, en realidad la elaboración teórica de los parámetros de neutralidad en la importación y/o exportación de capitales como principios del sistema es muy posterior, datando sólo de los ensayos de Peggy Musgrave en 1963 y 1967 (Graetz, *Taxing International Income...* 2001, *ibídem*, pg 284).

¹⁰² Véase por ejemplo, Graetz, *Taxing International Income...*, *ibídem*, 2001, página 280.

¹⁰³ “Hasta la Segunda Guerra Mundial los impuestos más eficientes eran los que menos alteraban la economía, pero a partir del auge de la planificación indicativa de los años 50 la eficiencia de los impuestos parecía estibar en su capacidad para soportar exenciones, reservas especiales y otros muchos estímulos similares, en beneficio de áreas geográficas concretas o sectores estratégicos, constituyendo así instrumentos para impulsar un crecimiento planificado” Lagares, *ibídem*.

Ubaldo González de Frutos

Los principios del sistema tributario internacional

capitales, la neutralidad nacional, la neutralidad en la propiedad del capital y la neutralidad en la importación de capitales¹⁰⁴.

La neutralidad en la exportación de capitales, o principio de eficiencia global, proclama que las rentas del capital debían tributar al mismo tipo de gravamen efectivo con independencia de su lugar de procedencia, de suerte que, si prevalece este principio, los inversores querrán colocar su dinero en aquellas actividades y territorios que ofrezcan un mayor retorno antes de impuestos, maximizando así la eficiencia económica global, bajo ciertas condiciones. El principio de neutralidad en la exportación de capitales justifica el diseño de sistemas fiscales nacionales que gravan la renta mundial a partir de la definición de residencia y que, para evitar la doble imposición, conceden una deducción por doble imposición íntegra, sin límite de cantidad¹⁰⁵.

La neutralidad en la importación de capitales preconiza que el gravamen sobre el ahorro y la inversión no difiera en función de la residencia del inversor. El tipo de gravamen aplicable a las rentas (en la fuente) debe ser el mismo para residentes y no residentes, y este principio se aplica tanto a las rentas de actividades económicas como a las rentas del capital, que deberían tributar al mismo tipo con independencia de la residencia del inversor¹⁰⁶.

A veces, se ha argumentado también el –mal llamado– principio de neutralidad nacional¹⁰⁷, que propugna que la inversión se grave del mismo modo dentro que fuera del país, ignorando los gravámenes a que se deba someter en el exterior por la legislación del estado de la fuente. De este modo, somete a gravamen a las rentas obtenidas en el exterior por los residentes, permitiendo sólo la deducción en la base del impuesto extranjero, como un coste más. Para este principio, desde el punto de vista del país de residencia, los impuestos extranjeros son

¹⁰⁴ Véase Graetz, 2001, *Taxing International Income*..., pgs. 270 a 276.

¹⁰⁵ Rubio Guerrero, *Principios Básicos de la Fiscalidad Internacional*,... ibídem, pg 63.

¹⁰⁶ Ahora bien, cuando existen tratados, lo que tenemos son precisamente tipos diferenciados, más favorables en el convenio que en la legislación general interna, lo que da lugar a la cuestión de cómo aplicar el principio de neutralidad en la importación de capitales en tal escenario. Pues bien, el gravamen en la fuente con tipos diferenciados según el lugar de origen puede ser consistente con el principio de neutralidad en la importación de capitales si los diferentes inversores tributan en el impuesto de sociedades a tipos idénticos sobre la misma renta, pero requiere que los impuestos sobre la renta personal se armonicen.

¹⁰⁷ Definido por Peggy y Robert Musgrave en 1972, MUSGRAVE, R. y MUSGRAVE P. B.: Inter-nation equity, en BIRD, R. y HEAD, J. (eds.), *Modern Fiscal Issues: Essays in Honor of Carl S. Shoup* Toronto, University of Toronto Press, 1972. Cita procedente de BROOKS, Kim: Inter-Nation Equity. The Development of an Important but Unappreciated International Tax Value. (30 de Octubre de 2008). Recopilado en *Tax Reform in the 21st century*, por KREVER, Richard, y HEAD, John G. (eds.), Kluwer Law International, 2008. [en línea] disponible en <http://ssrn.com/abstract=1292370> [consulta 27 de marzo de 2016], página 2.

Ubaldo González de Frutos

Los principios del sistema tributario internacional

simplemente un coste incurrido en el exterior, y por tanto deberían tener el mismo tratamiento que otros costes. El destino óptimo de la inversión en el país de la residencia, por tanto, se determina comparando el retorno después de impuestos, tanto en la inversión nacional como en la inversión extranjera, condición que se satisface gravando completamente las rentas exteriores y deduciendo como un coste ordinario los impuestos pagados en el exterior. El resultado de este principio evidentemente no es la neutralidad sino la discriminación en favor de la inversión en el territorio nacional.

Finalmente, la neutralidad en la propiedad del capital supone que la riqueza mundial se maximiza si el origen de los inversores no queda afectado por diferencias de gravamen. El principio de neutralidad en la propiedad del capital se satisface si todos los países dejan exenta la renta de fuente extranjera, aunque esta exención no sea una condición necesaria para la neutralidad en la propiedad del capital. Si todos los países gravan las rentas de no residentes a tipos diferentes a la vez que permiten a los contribuyentes deducir la doble imposición internacional, entonces la propiedad quedaría determinada por las diferencias de productividad y no por diferencias fiscales y, por tanto, este sistema es compatible con la neutralidad en la propiedad del capital. En este caso, la carga fiscal total en la inversión extranjera y doméstica varía entre contribuyentes en distintos países, pero todos los inversores tienen incentivos para ubicar sus inversiones de forma que se maximice el retorno antes de impuestos.

2.2.2.- LOS PRINCIPIOS JURIDICOS DE LA FISCALIDAD INTERNACIONAL

Junto a los principios económicos, vamos a examinar ahora los principios jurídicos, para lo cual usaremos como marco de referencia los Principios de la Imposición de Neumark¹⁰⁸.

Tabla 2: Los principios de la imposición según Neumark

I. Principios Presupuestario-fiscales de la imposición

1. Principio de suficiencia de los ingresos fiscales
2. Principio de la capacidad de adaptación de la imposición en la política de cobertura (capacidad de aumento)

II. Principios político-sociales y éticos de la imposición

1. Postulados de justicia
 - a) Principio de la generalidad de la imposición
 - b) Principio de la igualdad de la imposición
 - c) principio de la proporcionalidad o principio de la imposición de acuerdo con la capacidad de pago personal e individual
2. Principio de redistribución fiscal de la renta y de la riqueza

¹⁰⁸ NEUMARK, Fritz: *Principios de la Imposición*. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1994. Segunda Edición, páginas 54-55.

III. Principios político-económicos de la imposición

1. Principios del ordenamiento económico
 - a) principio de evitación de medidas fiscales dirigistas
 - b) principio de minimizar las intervenciones fiscales en la esfera privada y en la libertad económica de los individuos
 - c) principio de evitar las consecuencias indeseadas del impacto fiscal sobre la competencia
2. Principios político-económicos
 - a) principio de flexibilidad activa de la imposición
 - b) principio de flexibilidad pasiva (incorporada) de la imposición
 - c) principio de una política orientada hacia el crecimiento económico

IV Principios jurídico-tributarios y técnico-tributarios

- 1 Principio de congruencia y sistematización de las medidas fiscales
2. Principio de transparencia fiscal
3. Principio de factibilidad de las medidas fiscales
4. Principio de continuidad del derecho fiscal
5. Principio de economicidad de la imposición
6. Principio de comodidad de la imposición

Es evidente que los Principios de Neumark están concebidos para sistemas fiscales nacionales, es decir, presuponen una unidad de acción política, en forma de Poder Legislativo para discutir las medidas y de Gobierno para ejecutarlas. En consecuencia, algunos principios de Neumark no son pertinentes en un sistema internacional. Es el caso de los principios presupuestario-fiscales de la imposición, pues en ausencia de un presupuesto internacional carece de sentido hablar de la suficiencia de los ingresos fiscales o de la flexibilidad o capacidad de adaptación de la imposición en la política de cobertura.

Los principios político-sociales y éticos de la imposición, en cambio, sí son relevantes, y de hecho son la materia de esta tesis doctoral. Los postulados de justicia, que para Neumark se concretan en la generalidad de la imposición, la igualdad y la proporcionalidad o principio de la imposición de acuerdo con la capacidad de pago personal e individual, sí tienen una clara traslación al escenario internacional. La igualdad, por su parte, conoce dos dimensiones, la equidad entre las personas, y la equidad entre las naciones. La primera, a la que Rubio Guerrero denomina «equidad horizontal interpersonal»¹⁰⁹, se refiere a la necesidad de garantizar la aplicación de un tratamiento justo a quienes reciban renta sujeta a diversas jurisdicciones fiscales. En este frente, el Informe de BEPS en 2013 planteó la cuestión de la falta de equidad en la comparación entre empresas nacionales y multinacionales, porque estas últimas “desarrollan actividades transfronterizas y tienen acceso a asesoría fiscal sofisticada, y en consecuencia pueden practicar la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios y, de

¹⁰⁹ Rubio Guerrero, *Principios Básicos de la Fiscalidad Internacional*,... ibídem, pg. 65.

Ubaldo González de Frutos

Los principios del sistema tributario internacional

esta forma, beneficiarse de ventajas competitivas imprevistas en comparación con las empresas que operan mayoritariamente a escala nacional”¹¹⁰.

La segunda quiebra de equidad se produce entre las naciones al momento de repartirse las bases imponibles internacionales entre sí. Existe, en efecto, un conflicto en la asignación de las potestades impositivas en el ámbito de las relaciones fiscales internacionales del cual nos ocuparemos en este capítulo.

Los que Neumark denomina principios político-económicos de la imposición, por su lado, tienen escasa relevancia en el escenario internacional, pues se refieren a la incardinación de la imposición en el marco de las otras políticas del Estado, y en el escenario internacional dicha acción política unitaria lógicamente no existe. No obstante, esto puede estar cambiando porque la comunidad internacional va adoptando posiciones comunes, por ejemplo sobre la competencia fiscal lesiva¹¹¹, que encajan en el concepto de ordenamiento económico internacional. También encontramos en el marco de la Unión Europea el principio de evitar las consecuencias indeseadas del impacto fiscal sobre la competencia, asunto de plena actualidad después de que la Comisión haya adoptado una decisión para que Apple devuelva 13.000 millones a Irlanda por considerarla ayudas de estado ilegales¹¹².

Hay otros principios político-económicos, como el de la flexibilidad activa de la imposición, la flexibilidad pasiva (incorporada) de la imposición o el principio de una política orientada hacia el crecimiento económico que están ausentes del ordenamiento internacional lógicamente, porque carecemos del marco político supranacional que, en su caso, les dotaría de contenido.

Finalmente, agrupa Neumark en una categoría común los que denomina principios jurídico-tributarios y técnico-tributarios. Aquí la evolución reciente, sobre todo tras el Proyecto BEPS, ha hecho avanzar en el principio de congruencia y sistematización de las medidas fiscales internacionales. Un ejemplo son las Acciones 2, 3, 4 y 5 de BEPS, que precisamente abordan la congruencia de los impuestos societarios de los diversos países. Igual ocurre con el principio de transparencia fiscal, personificado en el Foro Global de Transparencia e Intercambio de

¹¹⁰ OCDE: *Erosión de Bases y Traslado de Beneficios*, 2013, ibídem, pg. 11

¹¹¹ Véase la Acción número 5 del Plan de Acción de BEPS

¹¹² La comisaria Margrethe Vestager, responsable de la política de Competencia, declaró que “Los Estados miembros no pueden otorgar ventajas fiscales de forma selectiva a determinadas empresas, puesto que esa medida es ilegal en virtud de las normas sobre ayudas estatales de la UE” (Comunicado de Prensa de la UE. Bruselas, 30 de agosto de 2016, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2923_es.htm)

Ubaldo González de Frutos

Los principios del sistema tributario internacional

Información, o el de continuidad del Derecho fiscal y la seguridad jurídica, donde el G-20 está recientemente reclamando políticas internacionales para paliar la incertidumbre fiscal¹¹³.

De los principios de Neumark, en suma, deberíamos excluir los relacionados con el presupuesto, pues no existe un presupuesto internacional, y los que relacionan la imposición con la política económica general, también ausente, y nos quedamos con los principios de equidad y justicia de un lado, y de técnica tributaria del otro. Veamos primero los principios ético-políticos y después los principios técnicos.

2.2.2.1 El Principio de equidad fiscal internacional en el sistema tributario internacional

Si para Neumark la justicia en los sistemas tributarios nacionales se encapsula en tres postulados –el principio de generalidad, el de igualdad y el de proporcionalidad, así como en la redistribución fiscal de la renta y de la riqueza–, en la fiscalidad internacional en cambio hemos de aquilatar muy bien los principios político-sociales y éticos de la imposición, puesto que los valores de justicia no se van a examinar aquí en relación a los ciudadanos¹¹⁴, sino a los Estados, y éstos están investidos de un atributo de soberanía que deja sin contenido al principio de generalidad¹¹⁵ y al de proporcionalidad¹¹⁶.

En cambio, las limitaciones a la soberanía tributaria, ya resulten de normas nacionales, ya lo hagan de tratados internacionales, limitan la movilización de recursos nacionales por parte de los Estados en desarrollo, condicionando sus posibilidades de aplicar las políticas adecuadas de inversión en infraestructura o de carácter social o económico. Cierto es que, cuando toman esas decisiones, los países en desarrollo actúan de forma soberana. La cuestión es si el sistema contiene un sesgo que lleve al resultado habitual de cesión de las potestades impositivas por parte de los estados en desarrollo. En ese caso, surge un problema de equidad fiscal internacional.

¹¹³ Simposio fiscal de alto nivel auspiciado por el G20 y celebrado en Chengdu - China el 23 de julio de 2016: Increasing tax certainty to promote investment and trade in a world where value creation is changing (<https://www.oecd.org/g20/topics/taxation/g20-chengdu-high-level-tax-symposium-remarks-at-session-2-increasing-tax-certainty.htm>)

¹¹⁴ Con la salvedad del concepto de equidad horizontal interpersonal de que hemos tratado en el epígrafe anterior.

¹¹⁵ Muchos Estados se financian por medios distintos de los impuestos, sea por atraer capitales (paraísos fiscales), sea porque tienen fuentes alternativas de financiación, como el petróleo.

¹¹⁶ Puesto que no hay un presupuesto internacional único, con cargas comunes a todos los Estados, carece de sentido hablar de un principio de proporcionalidad entre Estados.

Ubaldo González de Frutos

Los principios del sistema tributario internacional

El principio de equidad fiscal internacional, por consiguiente, alude a la forma en que la base imponible correspondiente a las transacciones internacionales se divide entre países. La regla consuetudinaria básica, que data de la década de 1920, es que los países de la fuente tienen la opción primera mientras los países de residencia tienen derecho al gravamen residual. A partir de ahí, los países son libres de alterar ese equilibrio y de hecho los países en desarrollo ceden potestades tributarias en aras de la atracción de inversores externos.

Este proceso es hoy motivo de preocupación¹¹⁷ porque nuestro mundo es esencialmente desigual, con variaciones en la riqueza tales que el país más rico lo es 237 veces más que el más pobre¹¹⁸. De aquí emana el Objetivo número 10 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas¹¹⁹.

La justicia tributaria equivale, efectivamente, a que todos los sujetos, en este caso los Estados, gocen de un tratamiento equitativo y no discriminatorio. Adicionalmente, a la equidad fiscal internacional se le pueden atribuir dos dimensiones; la equidad horizontal o el tratar de manera igualitaria a los que están en las mismas condiciones; y la equidad vertical o el discriminar en beneficio de los más desfavorecidos. En este capítulo nos ocupamos fundamentalmente de una equidad horizontal entre naciones, aunque cabe concebir también una equidad vertical entre naciones, que llevaría a plantear medidas fiscales redistributivas. A este aspecto dedicaremos el capítulo 6. Por el momento, veamos la historia del concepto de equidad fiscal internacional para examinar luego su significado en el Proyecto BEPS, su crítica y las posibles implicaciones prácticas.

¹¹⁷ Como escribe Graetz: “*we have been blinded by adherence to inadequate principles and remain wedded to outdated concepts*”. (Hemos estado cegados por nuestra adherencia a principios inadecuados y seguimos casados con conceptos pasados de moda), en GRAETZ, Michael J.: “Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts, and Unsatisfactory Policies” En *Tax Law Review*, 54. 261, 1.1.2001. 77 pgs. [en línea, disponible en http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2617&context=fss_papers, consulta 25.1.2016], página 269.

¹¹⁸ Según datos del Banco Mundial, la renta per cápita más alta está en Qatar, siendo la más baja la de la República Sudafricana. En el extremo de los países más ricos, y al lado de Qatar (140.649 dólares), están Macao (139.767) y Luxemburgo (97.662). En el otro extremo, junto a la República Centroafricana (594 dólares), la R.D del Congo (746) y Burundi (770). Véase la tabla de datos del Banco Mundial, en WORLD BANK: *GDP per capita, PPP (current international \$)*. [en línea, disponible en http://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.PCAP.PP.CD?order=wbapi_data_value_2014+wbapi_data_value+wbapi_data_value-last&sort=desc, consulta 28 de marzo de 2016].

¹¹⁹ ONU: *Objetivos de Desarrollo Sostenible. 17 Objetivos para transformar nuestro mundo* [en línea], disponible en <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/> [Consulta 5 de noviembre de 2016]

2.2.2.2 Construcción histórica del concepto

La búsqueda de principios ciertos para la distribución de la jurisdicción tributaria se remonta, según Brooks¹²⁰, al Siglo XIII, aunque el principio de equidad entre naciones no surge hasta el Siglo XX a través primero de la Liga de las Naciones y luego de su sucesor la Asamblea de Naciones Unidas.

En la formación de este concepto pueden distinguirse cuatro etapas marcadas por hitos históricos clave. La primera etapa nace con la Revolución Industrial y llega hasta la Primera Guerra Mundial. Sigue el periodo de entre-guerras, que es donde efectivamente se construye el sistema fiscal internacional. Este período llega hasta la Segunda Gran Conflagración. La tercera etapa, marcada por la descolonización, comienza con la postguerra y abarca hasta la crisis del petróleo de los años 70. La cuarta etapa histórica está marcada por hasta la caída del Telón de Acero en septiembre de 1989 y la situación a que abre paso, en un mundo multipolar donde los Estados parten de una igualdad jurídica que ya tienen consolidada y buscan la igualdad económica a través del desarrollo.

La primera época, así pues, se remite al período que comienza a mitad del Siglo XVIII y que llega hasta el estallido de la Primera Guerra Mundial en 1914. Este periodo tiene un tono marcadamente liberal en lo económico, consecuente con el liberalismo político, que defendía la iniciativa privada y limitaba notablemente la participación del Estado en la economía. La relación entre países desarrollados y en desarrollo no se basaba en un principio de equidad sino, al contrario, de subordinación o colonialismo. Esta época conoce el declive de los imperios español y portugués forjados en el S. XVI, pero también asiste a la emergencia de un nuevo imperialismo, político y económico: belga, francés, inglés, holandés, alemán y ruso. En este contexto, el comercio internacional se desarrolla en casi absoluta libertad y no existen instituciones para la gobernanza económica mundial.

Este equilibrio de poderes quedará alterado a raíz de la Primera Guerra Mundial (1914-1918). En el periodo de entre-guerras, que transcurre entre 1918 y el comienzo de la Segunda Guerra Mundial (1939), se dibuja un panorama muy turbulento, en lo económico y en lo político. En la postguerra las relaciones económicas internacionales estuvieron sujetas a fuertes limitaciones, con restricciones a la circulación de mercancías, mano de obra y capitales, y se desarrollaron

¹²⁰ BROOKS, Kim: Inter-Nation Equity. The Development of an Important but Unappreciated International Tax Value. En Tax Reform in the 21st century, En KREVER, Richard, y HEAD, John G. (eds.), Kluwer Law International, 30 de octubre de 2008. [en línea] disponible en <http://ssrn.com/abstract=1292370> [consulta 27 de marzo de 2016], página 3.

Ubaldo González de Frutos

Los principios del sistema tributario internacional

técnicas de control sobre el comercio internacional en forma de aranceles, tipos de cambio múltiples, dumping, áreas comerciales, etc., que luego deberían ser desarmados durante el resto del Siglo XX. En lo político, a partir de los acuerdos de compensación de pagos por la Primera Guerra Mundial, se generalizó un bilateralismo que sería la base de la arquitectura internacional, un tema que abordamos con más detalle en el Capítulo 7. En materia de relaciones entre naciones, seguía sin existir un principio de equidad internacional, con numerosos territorios colonizados sometidos a las metrópolis. Junto al bilateralismo dominante apareció en esta época un multilateralismo incipiente, con la Sociedad de las Naciones, antecedente de la ONU, aunque quedó muy limitado por la inexistencia de un marco suficiente para la cooperación económica internacional.

Tras la Segunda Guerra Mundial las potencias vencedoras reconstruyeron un orden económico internacional de corte neoliberal. EEUU, principal vencedor en la contienda y única potencia que no había sufrido daños significativos en su economía, sentó las bases del nuevo orden con la colaboración del Reino Unido. La nueva filosofía vuelve a considerar al mercado como el mejor árbitro para asignar los recursos y promueve el libre comercio y la cooperación multilateral. De esta época datan las principales instituciones de la gobernanza internacional, las Naciones Unidas, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial o la OCDE, constituidas por las potencias vencedoras y con escasa participación de los países del bloque soviético-Europa Oriental o de los países en vías de desarrollo. En lo político, el principal acontecimiento es el proceso de descolonización, bajo la égida de la ONU, que dio lugar a la independencia de numerosos países en África y Asia. Este proceso de adquisición de soberanía es importantísimo a la hora de sentar las bases del concepto de equidad internacional. Como señala Andrew Guzman¹²¹, cuando las antiguas colonias devienen estados soberanos, estos nuevos Estados muestran su propia filosofía, y ésta se convierte en un elemento importante en la configuración de la costumbre internacional. Cuando su número creció, adquirieron mayor importancia en el concierto internacional, y cuestionaron las normas anteriores.

A principios de la década de 1960, los países en desarrollo encontraron en las Naciones Unidas el foro propicio para hacer progresar, a partir de la noción de soberanía, sus intereses económicos en relación con los recursos naturales existentes en su territorio y, por extensión,

¹²¹ GUZMAN, Andrew T: Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties, [en línea] En *Virginia Journal of International Law*, Vol. 38, pp 639-688. 1 de enero de 1997. Disponible en <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1903&context=facpubs> [Consulta 7 Febrero 2016], pg. 646.

Ubaldo González de Frutos

Los principios del sistema tributario internacional

con las actividades económicas llevadas a cabo en el mismo. Así, entre 1962 y mediados de los años 1970, la Asamblea General de las Naciones Unidas, dominada por los países en desarrollo, aprobó una serie de resoluciones destinadas a afirmar la soberanía de las naciones con respecto a la inversión extranjera¹²².

La primera es la Resolución de 1962 sobre la Soberanía Permanente de los Recursos Naturales¹²³, a la que sucedió en 1973 la Resolución sobre la Soberanía Permanente de los Recursos Naturales¹²⁴. En 1974, el ámbito económico de la soberanía política se amplía desde los recursos naturales a otras actividades económicas, abarcando todas las realizadas en sus territorios, a través de la Resolución de la Asamblea General número 3201 de 1974, denominada Nuevo Orden Económico Internacional. Esta Resolución afirma que “todos los Estados disfrutan de soberanía plena y permanente sobre sus recursos naturales y actividades económicas, y que todos los Estados tienen derecho a ejercer control efectivo sobre ellas, así como sobre su explotación, con los medios adecuados a su situación, incluyendo la nacionalización o la transferencia de propiedad a sus nacionales. Ningún Estado estará sometido a ninguna coerción económica o política que prevenga el ejercicio pleno de este derecho inalienable”¹²⁵.

Finalmente, en diciembre de 1974, la Asamblea General adoptó la Resolución 3281, denominada Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados (*Charter of Economic Rights and Duties of States, CERDS*)¹²⁶ que determina que cada Estado tiene el derecho de regular y ejercer la autoridad sobre las inversiones extranjeras en su jurisdicción, de acuerdo con las leyes y reglamentos aplicables, y de conformidad con los objetivos y prioridades nacionales.

De esta forma, se construyó un principio de igualdad soberana sobre los recursos naturales y sobre las actividades económicas en el territorio de las antiguas colonias, ahora Estados independientes, pero los acontecimientos económicos posteriores dificultarán la consecución de este objetivo de equidad y el retorno a situaciones de cesión de soberanía mediante tratados bilaterales.

En efecto, con la crisis del petróleo de 1973, el modelo neoliberal de la economía mundial forjado a partir de la Segunda Gran Guerra entra en una crisis definitiva. La Guerra del Yom Ki Pur y el encarecimiento de los precios del petróleo en 1973 desataron una grave crisis

¹²² Estos hitos están descritos por Guzman, en *Why LDCs...* Ibídem, páginas 648 a 651.

¹²³ Asamblea General, Res. 1803, 17 sesión, Sup. No. 17, U.N. Doc. A/5217 (1962).

¹²⁴ Asamblea General, Res. 3171, 28 sesión. Sup. No. 30 U.N. Doc. A/9030 (1973).

¹²⁵ Asamblea General, Res. 3201, Sexta Sesión especial, Sup. No. 1, U.N. Doc. A/9559 (1974).

¹²⁶ Asamblea General, Res. 3281, U.N. 29 Sesión, Sup. No. 31, U.N. Doc. A/9631 (1974)

Ubaldo González de Frutos

Los principios del sistema tributario internacional

económica internacional donde se puso de manifiesto no sólo un problema coyuntural (el precio del petróleo) sino un desequilibrio mucho más profundo, relacionado con el equilibrio de poderes.

La crisis del dólar que se desencadenó a continuación fue claro reflejo de las tensiones en el orden económico internacional, donde las economías europeas y Japón ya competían fuertemente con EEUU. La carestía energética y la fluctuación de los precios del dólar, sumado al alto endeudamiento de los países en desarrollo producido tras los procesos de descolonización de los años 60, puso de manifiesto el grave problema de la deuda externa, y dejó a muchos países en desarrollo al borde de la suspensión de pagos, hasta el punto de que años después hubo que buscar soluciones políticas al problema de la deuda externa¹²⁷. La crisis del petróleo alteró de tal manera la producción, los precios, el comercio y el empleo, que Naciones Unidas se vio en la necesidad de replantear el orden económico internacional, habida cuenta de los desequilibrios y rupturas en el funcionamiento de los mercados y en las instituciones.

La tercera etapa se prolonga hasta la caída del Muro de Berlín en 1989. Aunque el final de la guerra fría no se produce hasta 1991, el año 1989 marcó el inicio de una nueva etapa en el orden económico mundial, alterando las relaciones económicas entre los diferentes países y grupos de países, con un importante cambio cualitativo por cuanto entrañó la desaparición del sistema socialista de la Europa Oriental y la disolución de la URSS. Además, el incremento de los precios de las materias primas y la crisis de la deuda asiática de primeros de los 90, seguidas por el contagio a Latinoamérica, afectaron a los fundamentos competitivos de las economías desarrolladas y terminaron por generar un desplazamiento importante de la capacidad productiva mundial hacia las potencias emergentes del sur (Brasil China, India, Indonesia, Sudáfrica) y a Rusia, una vez liberada del sistema soviético.

Esto generó una situación nueva marcada por el final de la relación bipolar (este-oeste) y asimétrica (metrópolis/colonias) que había caracterizado a la Guerra Fría, dando paso a una relación triangular (países desarrollados / países en desarrollo / economías emergentes) que busca un equilibrio duradero. En este nuevo orden emergen economías fuertes en el sur, y el centro de poder se ha trasladado del G-7 al G-20, en un escenario que propicia una mayor equidad efectiva entre naciones, con el objetivo político de reducir las desigualdades dentro de cada jurisdicción y entre jurisdicciones.

¹²⁷ Véase el epígrafe 3 del Capítulo 3.

Ubaldo González de Frutos

Los principios del sistema tributario internacional

Los años transcurridos entre 1974, en que con la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados de 1974¹²⁸ se da por concluida la elaboración por parte de la Asamblea General de las Naciones del Principio de igualdad soberana sobre los recursos naturales, y las actividades económicas en su territorio, que por supuesto incluye los aspectos tributarios, y la crisis de 2007, que trae a la atención los problemas de la fiscalidad internacional a través de Proyecto BEPS, revelan que las naciones han cedido en buena medida su soberanía mediante tratados o medidas unilaterales para captar recursos inversores extranjeros.

Los primeros años del período, sobre todo a partir de la Resolución de 1962 sobre la Soberanía Permanente de los Recursos Naturales¹²⁹, generaron un interés doctrinal por la conceptualización de la equidad tributaria internacional, con los trabajos de Musgrave¹³⁰ como pioneros. Esta conceptualización era bienvenida porque los trabajos de la Liga de las Naciones sobre la fiscalidad internacional por los cuatro economistas designados en 1923¹³¹ carecían de una dogmática clara. Sus principios eran claramente de origen económico, atendiendo a la eficiencia, pero ignorando las consideraciones distributivas. Prácticamente se limitaban a asignar la tributación a la residencia o a la fuente en función de la "*economic allegiance*".

En 1972, justo en el momento de la mayor efervescencia en la elaboración política del concepto de la soberanía y equidad entre naciones en la Asamblea General de Naciones Unidas, Richard y Peggy Musgrave comienzan una serie de ensayos¹³² que son la base de la elaboración dogmática del principio de equidad entre naciones. Para los Musgrave, la equidad entre naciones no es una cuestión de repartir la recaudación, sino de cómo se atribuye la ganancia económica nacional de una inversión extranjera, que en particular se determina por la decisión del Estado de la fuente de gravar los rendimientos o no hacerlo, con el Estado de residencia como jurisdicción subsidiaria. Para los Musgrave, el origen de la riqueza está en la decisión del inversor de aplicar sus fondos al Estado de la fuente. A esta creación de riqueza puede responder el Estado de la fuente con una serie de instrumentos políticos para beneficiarse de la misma, siendo el más común la fiscalidad. Desde este punto de vista, la cuestión es cómo se instrumenta esa fiscalidad

¹²⁸ Asamblea General, Res. 3281, U.N. 29 Sesión, Sup. No. 31, U.N. Doc. A/9631 (1974).

¹²⁹ Asamblea General, Res. 1803, 17 sesión, Sup. No. 17, U.N. Doc. A/5217 (1962).

¹³⁰ MUSGRAVE, R. y MUSGRAVE P. B.: *Inter-nation equity*, en BIRD, R. y HEAD, J. (eds), *Modern Fiscal Issues: Essays in Honor of Carl S. Shoup* Toronto, University of Toronto Press, 1972.

¹³¹ Edwin Seligman de EEUU, Sir Josiah Stamp del Reino Unido, el profesor Bruims de los Países Bajos, y el profesor Luigi Einaudi de Italia.

¹³² MUSGRAVE, R. y MUSGRAVE P. B.: *Inter-nation equity*, 1972, *ibidem*.

Ubaldo González de Frutos

Los principios del sistema tributario internacional

en la fuente, lo que hace que el gravamen en residencia sea irrelevante desde este punto de vista¹³³.

Los Musgrave, en el contexto de los debates en las Naciones Unidas sobre la soberanía sobre los recursos económicos, sostuvieron que el Estado de la fuente está legitimado para gravar los rendimientos que se generan dentro de sus fronteras. Esta legitimidad le viene del derecho a recuperar las inversiones en infraestructura que facilitan la actividad económica del inversor foráneo (gravamen por los beneficios concedidos) o bien en la pura noción de soberanía sobre los recursos económicos dentro de sus fronteras. Por consiguiente, para los Musgrave, como después para Brooks¹³⁴, la equidad internacional depende de que el Estado de la fuente mantenga su jurisdicción para gravar las rentas en la fuente, o bien la entregue al estado de residencia mediante tratados fiscales.

En 1974, dos trabajadores del FMI, Sato y Bird, también examinaron el concepto de la equidad internacional a partir de una revisión del artículo de 1972 de los Musgrave. Sato y Bird sostuvieron que el tema de la equidad en la distribución de la jurisdicción es más complejo analíticamente que el de la eficiencia económica, y también más importante¹³⁵. El concepto de equidad entre naciones es espinoso porque requiere hacer juicios de valor sobre si el sistema vigente es justo y sobre el grado de equidad que queremos conseguir¹³⁶. En tratados homogéneos (entre países con flujos recíprocos de inversión comparables) el concepto no importa tanto como en tratados heterogéneos (entre países con flujos de inversión recíproca dispares), donde gana importancia la cuestión de la igualdad e incluso la de la posible redistribución de la riqueza.

La cuestión de la redistribución lleva un poco más allá el concepto de la equidad, para convertirse en equidad vertical. Ahora, si bien es obvio que el sistema fiscal internacional tendría instrumentos para producir una cierta redistribución¹³⁷, lo difícil es establecer cuánta redistribución sería deseable. Para eso, el sistema fiscal internacional no puede ofrecer una respuesta normativa, sino que la cuestión ha de quedar, igual que en política nacional, a determinar por el juego de las opciones políticas.

¹³³ Véase Brooks, *Inter-Nation Equity...*, 2008, ibídem, pg. 22.

¹³⁴ Brooks, *Inter-nation Equity...*, 2008, ibídem, pg. 23.

¹³⁵ SATO, M. y BIRD, R.: *International Aspects of the Taxation of Corporations and Shareholders*, *Staff Papers* – International Monetary Fund, 22: 1975, pg. 421.

¹³⁶ Brooks, *Inter-nation Equity...*, 2008, ibídem, pg. 22.

¹³⁷ Por ejemplo, los Musgrave proponían en 1972 que los tipos de gravamen en la fuente fueran inversamente proporcionales al nivel de renta per cápita de cada uno de los países contratantes (véase Brooks, *Inter-nation Equity...*, 2008, ibídem, pg. 23).

Ubaldo González de Frutos

Los principios del sistema tributario internacional

La cuestión queda centrada, por tanto, en cómo restablecer la equidad entre naciones cuando los países menos desarrollados han entregado la potestad tributaria mediante tratados. En 1992 Hugh Ault publica un importante trabajo donde distingue el enfoque jurídico y el enfoque económico en la equidad internacional¹³⁸, pero la preocupación teórica por la equidad decae, hasta que llega el fin del siglo y se plantean los objetivos de desarrollo del milenio.

En torno a esa época surgen una serie de trabajos que toman la equidad como motivación, publicados por autores estadounidenses como Kaufman¹³⁹ o Fleming, Peroni y Shay¹⁴⁰, aunque sin duda el más sólido desde un punto de vista dogmático es Graetz, siendo ya significativo el título de su artículo: *El gravamen de las rentas internacionales: principios inadecuados, conceptos pasados de moda y políticas insatisfactorias*¹⁴¹.

Un trabajo muy interesante, que contiene además una revisión de la literatura sobre el concepto de la equidad fiscal internacional, es el de Brooks¹⁴² en 2008. Sin embargo, ha sido la crisis económica de 2008-2014 y, sobre todo, el Proyecto BEPS y los Objetivos de Desarrollo Sostenible, los que han acarreado una mayor atención a la equidad en el sistema fiscal internacional.

El Informe BEPS de 2013 introdujo la cuestión de la equidad desde el frontispicio, situando la elusión fiscal de las multinacionales como un riesgo tanto para los ingresos fiscales como para la justicia fiscal¹⁴³. Ahora bien, el concepto de justicia fiscal del Informe BEPS se relaciona no tanto con el diseño del sistema como con sus resultados después de la elusión internacional.

¹³⁸ AULT, Hugh: Corporate Integration, Tax Treaties and the Division of the International Tax Base: Principles and Practices, En *Tax Law Review* 47: 565–608. 1992, pg. 577.

¹³⁹ KAUFMAN, Nancy. Fairness and the taxation of international income. En *Law and Policy in International Business*, no. 29, 145, 1998 [extracto en línea, disponible en <https://www.questia.com/library/journal/1G1-21034425/fairness-and-the-taxation-of-international-income> Consulta 5 de marzo 2016]

¹⁴⁰ FLEMING, J. Clifton, PERONI, Robert J. y SHAY, Stephen E.: Fairness in International Taxation: The Ability-to-Pay Case for Taxing Worldwide Income. En *Florida Tax Review*, vol. 5, n.4, 2001, páginas 301 a 356. En estos trabajos los autores prestaron atención al concepto de la equidad, aunque lo hicieron desde una óptica predominantemente norteamericana; es decir, introdujeron consideraciones de equidad a la hora de analizar el modelo de tributación de las filiales norteamericanas en el mundo, pero no el sistema fiscal internacional a nivel mundial.

¹⁴¹ Michael J Graetz: “Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts, and Unsatisfactory Policies”, 2001, *Ibidem*.

¹⁴² BROOKS, Kim: Inter-Nation Equity. The Development of an Important but Unappreciated International Tax Value. En *Tax Reform in the 21st century*, En KREVER, Richard, y HEAD, John G. (eds.), Kluwer Law International, 30 de octubre de 2008. [en línea, disponible en <http://ssrn.com/abstract=1292370>, consulta 27 de marzo de 2016]

¹⁴³ “La erosión de bases imponibles constituye un grave riesgo para los ingresos tributarios, la soberanía fiscal y la equidad tributaria, tanto de los Estados miembros de la OCDE como de los no miembros” OCDE, *Informe BEPS* ... *ibidem*, pg. 7.

Ubaldo González de Frutos

Los principios del sistema tributario internacional

Maneja más un concepto de equidad horizontal interpersonal que de equidad internacional. Ciertamente, el problema básico para el Informe BEPS es que el sistema no es equitativo si se permite a las multinacionales eludir el cumplimiento, lo que introduce una diferencia con las empresas de ámbito nacional, cuya capacidad para abordar actividades elusivas es mucho más reducida¹⁴⁴. Con todo, en el epígrafe dedicado a la potestad tributaria se esboza también la equidad como criterio de ordenación del sistema fiscal internacional, concretamente cuando se pregunta retóricamente si las reglas actuales permiten una distribución justa de la potestad tributaria¹⁴⁵. A partir de ahí, el Proyecto BEPS se retroalimenta con el concepto de la equidad, hasta el punto de que se presenta como su principal objetivo¹⁴⁶.

Justo antes de presentarse el Informe BEPS se habían producido dos sucesos de cierto impacto en el mundo de la fiscalidad internacional relacionadas con la equidad. En 2011 Mongolia denunciaba sus tratados de doble imposición con los Países Bajos, Luxemburgo, Emiratos Árabes Unidos y Kuwait, alegando que la exención de retención sobre dividendos salientes estaba causando pérdidas recaudatorias mediante prácticas de *treaty shopping* que Mongolia no estaba dispuesta a aceptar. La decisión de Mongolia argüía razones de equidad: en palabras del viceministro de Hacienda Surenjav Purev, “*empezamos a preguntarnos por qué razón estos países tenían que gozar de mejores ventajas en Mongolia que nosotros mismos*”¹⁴⁷, y como consecuencia los Países Bajos empezaron a revisar la equidad de sus tratados con otros países en desarrollo. Además, el FMI aconsejó a Mongolia que renegociase selectivamente más de 30

¹⁴⁴ OCDE, *Informe BEPS* ... Ibídem pg. 11.

¹⁴⁵ “*En una era en la que los contribuyentes no residentes pueden obtener beneficios considerables mediante transacciones con clientes situados en otro país, cabe preguntarse si las reglas actuales permiten una distribución justa de las potestades tributarias sobre los beneficios empresariales, en particular cuando los beneficios obtenidos mediante esas transacciones no se gravan en ningún país*”. Informe BEPS 2013, ibídem, pg. 42.

¹⁴⁶ OCDE: *Restoring Fairness to the International Tax System. Remarks by Grace Perez Navarro, Deputy Director, CTPA, G20 Partnership for Growth and Jobs: Pre-G20 Summit Conference, Higher School of Economics, Moscú, 29 de Agosto de 2013*. [en línea, disponible en <https://www.hse.ru/data/2013/09/05/1276980799/Grace%20Perez-Navarro%20Restoring%20Fairness%20Moscow%20SpeechI.pdf>, Consulta 6 de marzo de 2016]

¹⁴⁷ Citado por DEUTSCH, Anthony y EDWARDS, Terrence: *Special Report: In Tax Case, Mongolia is the Mouse that Roared*. 16 de julio de 2013. [en línea, disponible en <http://www.reuters.com/article/us-dutch-mongolia-tax-idUSBRE96F0B620130716>, consulta 6 de marzo de 2016], página 2

Ubaldo González de Frutos

Los principios del sistema tributario internacional

tratados¹⁴⁸. Por cierto, en 2012, Argentina también denunció los convenios de doble imposición con España, Suiza y Chile¹⁴⁹.

Tras la apelación a la equidad del Informe BEPS, las ONGs activistas en materia tributaria encontraron apoyo para sus planteamientos. Como resumen, el BEPS Monitoring Group (Grupo de Seguimiento de BEPS), que las reúne, manifiesta en su Evaluación General del Proyecto BEPS que, aunque puede afirmarse que el Proyecto BEPS ha obtenido resultados sólo parciales, en cambio ha sido un éxito a la hora de inaugurar el diálogo para traer cambios de mayor alcance. Por tanto, las ONGs ven este Proyecto como el primer paso de un camino más largo, que debería llevar a una reforma integral de las reglas fiscales internacionales que garanticen la justicia para todos, especialmente para los países en desarrollo, y las adecúen al Siglo XXI¹⁵⁰.

El movimiento de Financiación para el Desarrollo (FpD) de Naciones Unidas recupera el objetivo de la equidad internacional y lo incorpora a los Objetivos de Desarrollo Sostenible en septiembre de 2015. Tras el significativo avance conceptual que supuso la declaración de que “ningún país debería depender de otros para financiar su desarrollo”, realizada por la Asociación Global para la Eficacia en la Cooperación al Desarrollo en la Cumbre de Méjico de 2014¹⁵¹, el Objetivo 10 de los *Sustainable Development Goals*, aprobados el 27 de septiembre de 2015, fija el principio de equidad entre naciones no ya como un principio ordenador de las relaciones internacionales, sino incluso como un objetivo mensurable, a alcanzar durante los próximos tres lustros.

También el G20, a la hora de aprobar los resultados del Proyecto BEPS, lo hizo sobre la base de la equidad, afirmando que el Proyecto BEPS nos permitirá alcanzar un sistema fiscal más justo

¹⁴⁸ Ibídem, Deutch-Edwards, 2013, pg. 6

¹⁴⁹ CRONISTA COMERCIAL, El. *Opinión. Denuncia del Convenio Tributario con España*. 9 de Agosto de 2012. [En línea, disponible en <http://www.cronista.com/opinion/Denuncia-del-convenio-tributario-con-Espana-20120809-0014.html>. Consulta 6 marzo 2016]

¹⁵⁰ Although the BEPS project itself can only be said to have been at best a partial success, it has succeeded in opening space for more far-reaching changes. It should be seen as part of a longer process, involving a wider range of organisations and countries, especially developing countries. This should aim at finally reforming international tax rules to ensure fairness for all, and make them fit for the 21st century. BEPS MONITORING GROUP, The. *Overall Evaluation of the G20/OECD Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Project*. [en línea] 7 de octubre de 2015. Disponible en <https://bepsmonitoringgroup.files.wordpress.com/2015/10/general-evaluation.pdf>. [Consulta 6 de marzo de 2016], página 4

¹⁵¹ GLOBAL PARTNERSHIP FOR EFFECTIVE DEVELOPMENT CO-OPERATION: *First High-Level meeting*. 15 y 16 de abril de 2014. [en línea, disponible en <http://effectivecooperation.org/hlm2014/> consulta 18 de marzo de 2016]

Ubaldo González de Frutos

Los principios del sistema tributario internacional

y moderno a escala mundial¹⁵², concepto que es, de nuevo, fundamental a la hora de abrir el Proyecto de BEPS a los países en desarrollo mediante el llamado Marco Inclusivo de Implementación de BEPS en febrero de 2016¹⁵³. También la Comisión Europea se ha sumado al movimiento por la equidad del sistema fiscal internacional, tanto en el interior de la UE como en las relaciones de sus miembros con terceros países, y en su visión para la reforma del Impuesto de Sociedades, marcada a partes iguales por el Proyecto BEPS y por el escándalo LuxLeaks, reclama un sistema fiscal societario más justo y eficiente¹⁵⁴, que se empieza a materializar con la presentación el 28 de enero de 2016 del paquete de lucha contra la elusión fiscal en busca de una imposición efectiva y una mayor transparencia¹⁵⁵ y se culmina el 25 de octubre de 2016 con la presentación del proyecto de reformar el gravamen societario en el mercado único, con un impuesto sobre sociedades justo y favorable al crecimiento¹⁵⁶. Otras organizaciones internacionales han secundado la misma orientación hacia la equidad del sistema fiscal internacional y así, en julio de 2015, el Banco Mundial y el FMI lanzaron su propia iniciativa para fortalecer los sistemas fiscales de los países en desarrollo para avanzar en los conceptos de eficiencia y equidad¹⁵⁷.

¹⁵² Comunicado de la Cumbre del G20 en Antalya (Turquía) de 15-16 de noviembre de 2015: “*Con el fin de alcanzar un sistema fiscal internacional más justo y moderno a escala mundial (a globally fair and modern international tax system), apoyamos el paquete de medidas desarrolladas en el marco del ambicioso proyecto del G-20 y la OCDE contra la erosión de bases y el traslado de beneficios (BEPS)*”. Traducción del autor, original disponible sólo en inglés, en G-20: G20 Leaders’ Communiqué. Antalya Summit, 15-16 November 2015. [en línea]. Disponible en <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/11/16-g20-summit-antalya-communicue/> [consulta 11 junio 2016].

¹⁵³ Comunicado de los ministros de finanzas y gobernadores de bancos centrales del G-20, Shanghái, 26 y 27 de febrero de 2016: “*Una amplia, consistente y efectiva implementación del Proyecto BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) de la OCDE y el G20 es fundamental para conseguir un sistema fiscal internacional justo y moderno (for a fair and modern international tax system). Reiteramos nuestro compromiso con una implementación temporaria del Proyecto BEPS, y seguiremos examinando los temas relativos a BEPS para garantizar la justicia fiscal y un terreno de juego equilibrado (in order to ensure tax fairness and a level playing field)*” Párrafo 7. Traducción del autor, original disponible sólo en inglés, en G-20 Finance Ministers and Central Bank Governors Meeting Shanghái, 27 de febrero de 2016. [en línea], en <http://www.g20.utoronto.ca/2016/160227-finance-en.html> [consulta 28 febrero 2016].

¹⁵⁴ UE. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: *Un Sistema de imposición de las sociedades justo y eficaz en la Unión Europea: cinco ámbitos de actuación fundamentales*. Bruselas 17 junio de 2015 COM(2015)32 Final.

¹⁵⁵ UE. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al consejo: *paquete de lucha contra la evasión fiscal: próximos pasos para lograr una imposición efectiva y una mayor transparencia fiscal en la UE*. 28 de enero de 2016. COM (2016) 23 Final

¹⁵⁶ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-3471_es.htm

¹⁵⁷ FMI: *World Bank and the IMF Launch Joint Initiative to Support Developing Countries in Strengthening Tax Systems* [en línea] 10 de julio de 2015. Disponible en <http://www.imf.org/external/np/sec/pr/2015/pr15330.htm>. [consulta 3 de septiembre de 2016]

En fechas más recientes, el tema de la equidad está llegando al público especializado. El 4 de marzo de 2015 el Instituto de Censores Jurados de Cuentas de Inglaterra y Gales (ICAEW) celebró un seminario centrado en la equidad fiscal y la transparencia¹⁵⁸ y el 4 de febrero de 2016 se publicó en Oxford un libro dedicado a la justicia fiscal mundial, que recopila una colección de ensayos de autores varios sobre temas que también se tratan en esta tesis doctoral¹⁵⁹.

2.2.2.3 La “sustancia” del Proyecto BEPS es en realidad equidad entre naciones

El principio de la alineación de las bases imponibles con la sustancia económica constituye uno de los tres pilares en que se sustenta BEPS, y aunque el Informe BEPS no realiza explícitamente esta asociación, el principio que BEPS llama “sustancia” no es ni más ni menos que el de equidad internacional. La alineación de la sustancia económica y la base imponible es la forma de proteger las bases imponibles locales y de garantizar el ejercicio de la soberanía económica sobre las actividades económicas desarrolladas en el territorio propio, recuperando la noción de la Asamblea de las Naciones Unidas construida entre 1962 y 1974.

El problema del desajuste de estos dos parámetros (beneficio económico y base imponible) ha alcanzado grandes dimensiones porque la globalización, en combinación con la existencia de modelos operativos cada vez más complejos y, en particular, con el espectacular desarrollo de la economía digital, ha abierto nuevas oportunidades para que las empresas minimicen su carga fiscal desplazando sus beneficios a jurisdicciones de más baja fiscalidad, a pesar de que en ellas no se realice actividad económica sustancial alguna. Esta segregación entre las magnitudes de base imponible y la sustancia económica inspira las acciones de BEPS número 6 (Prevención del Abuso de Tratados)¹⁶⁰, 7 (Prevención del abuso del umbral de establecimiento permanente)¹⁶¹, y 8 a 10, Precios de Transferencia¹⁶². Con ello, el proyecto BEPS proporciona a los países herramientas esenciales para garantizar que los beneficios se graven allí donde se realizan actividades económicas reales que generan los beneficios y donde se crea el valor, al

¹⁵⁸ ICAEW. *Tax Fairness and Transparency*. ICAEW Seminar on a better international tax system: EU Perspectives. 4 de marzo de 2015. [en línea, disponible en <http://www.icaew.com/~media/corporate/files/about%20icaew/what%20we%20do/policy/public%20finances/tax%20fairness%20and%20transparency%20digital.ashx>], consulta 5 de marzo de 2016]

¹⁵⁹ AA.VV. *Global Tax Fairness*. Por POGGE, Thomas y METHA, Kristen, Editores. Oxford University Press, 04 de febrero de 2016. 384 Pgs. ISBN: 9780198725343

¹⁶⁰ OCDE: *Preventing the Granting of Treaty benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 Final Report*. OECD Publishing Paris, 2015. ISBN 978-92-64-24120-6. 101 pgs.

¹⁶¹ OCDE: *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent establishment Status, Action 7 Final Report*. OECD Publishing Paris, 2015. ISBN 978-92-64-24121-3. 46 pgs.

¹⁶² OCDE. *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10, 2015 Final reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015, 186 pgs. ISBN 978-92-64-24123

Ubaldo González de Frutos

Los principios del sistema tributario internacional

tiempo que se aporta a los contribuyentes una mayor seguridad jurídica al reducir las controversias sobre la aplicación de las normas fiscales internacionales, supuesto que aquéllos sigan los consejos de las Acciones de BEPS, naturalmente.

Este principio de “sustancia”, tal como se enuncia por el Plan de Acción de BEPS¹⁶³, había sido ya formulado por Graetz, que lo denomina *equidad entre las naciones*, y se plasma en el derecho de todas las naciones a gravar las rentas producidas en su jurisdicción¹⁶⁴, que es también el origen del principio de gravamen en la fuente para las de las rentas de explotaciones económicas. Como sabemos, el principio de equidad entre las naciones o de alineación de fiscalidad y sustancia hunde sus raíces filosóficas en la teoría del beneficio, por la cual la imposición se basa en la compensación por la empresa al país anfitrión por las inversiones y costes de mantenimiento de la infraestructura legal y física que le permiten llevar a cabo su actividad, principio que a su vez también justifica la noción de umbral mínimo para constituir establecimiento permanente. Tiene también un importante reflejo en el campo de la fiscalidad indirecta en forma de principio del gravamen en destino.

Desde el punto de vista dogmático, es importante tener en cuenta que este principio de equidad entre naciones no se puede subsumir dentro de la eficiencia económica. La eficiencia económica aconseja que se grave en la residencia del inversor, mientras que la equidad entre naciones lleva a la tributación en la fuente. La equidad entre naciones no es, por consiguiente, una manifestación de la eficiencia sino más bien su contrario¹⁶⁵.

2.2.2.4 Limitaciones del principio de equidad

En principio, las dos acepciones de la equidad, horizontal, vertical, parecen muy atractivas; los que tienen la misma capacidad de pago deben afrontar una misma obligación tributaria, igual que es de sentido común que los contribuyentes con diferentes capacidades de pago tengan tratamiento diferenciado. Sin embargo, la doctrina ha puesto de relieve la escasa utilidad práctica de estos con conceptos a la hora de formular una determinada política tributaria¹⁶⁶.

¹⁶³ Plan de Acción, OCDE 2013, ibídem, página 15

¹⁶⁴ Graetz, *Taxing International Income...*, 2001, ibídem, pg. 298

¹⁶⁵ Graetz, *Taxing International Income...*, 2001, ibídem, pg. 299

¹⁶⁶ La noción de equidad horizontal ha sido puesta en tela de juicio por incompleta, inútil, y derivada. Por ejemplo, el impuesto sobre la renta sólo puede satisfacer por completo los requisitos de equidad horizontal si los gustos de los individuos son idénticos y hay un solo tipo de capacidad de obtener ingresos. Una vez que asumimos que las preferencias varían y que hay diferentes tipos de capacidades para generar ingresos, entonces sólo se puede gravar con equidad de manera efectiva si se grava la capacidad del individuo para obtener ingresos y no los ingresos efectivos, pero tal impuesto es impracticable. Además, el concepto de equidad horizontal es incompleto porque se centra en un

Ubaldo González de Frutos

Los principios del sistema tributario internacional

En política nacional, las consideraciones sobre la equidad en general, y en particular sobre la equidad horizontal y vertical, tienen escasa virtualidad. La mera alusión a que los iguales merecen un trato igual y los desiguales uno diferenciado añade poco a los debates de política fiscal, es preciso ser más concreto y delimitar un marco ético antes de hacer cualquier comparación, ya sea para entre iguales o desiguales. Sin un marco fundamental no se puede evaluar la imparcialidad relativa de las diferentes propuestas o regímenes fiscales.

Sin embargo, en el contexto internacional el principio de equidad surge como un poderoso elemento para contrarrestar los dogmas de la neutralidad económica. Como ya sabemos, las organizaciones internacionales están reclamando crecientemente la incorporación de este elemento al sistema tributario internacional. El G20 califica al Proyecto BEPS como un esfuerzo en aras de la justicia tributaria, tanto en su concepción¹⁶⁷ como en su implementación¹⁶⁸ a escala mundial. El mismo ideal de justicia subyace al planteamiento de la Comisión Europea en su proyecto de reforma del Impuesto de Sociedades en la UE¹⁶⁹. El pronunciamiento más claro en

período de tiempo muy corto, por ejemplo un año, y no tiene en cuenta el impacto a largo plazo ni la composición de la cesta de impuestos, incluyendo los indirectos, ni los beneficios que el individuo obtiene de los servicios públicos (BIRD, Richard M. y ZOLT: *Introduction to Tax Policy Design*, The World Bank, abril de 2003, Pg. 16, y también Graetz, *Taxing International Income...* 2001, íbidem, página 295). Del mismo modo, existe cierto escepticismo sobre la aplicabilidad práctica del concepto de equidad vertical, por las dificultades para hallar las diferencias relevantes. Normalmente se traduce en que los contribuyentes con mayores ingresos paguen un porcentaje superior, dando lugar a la estructura de tasas progresivas del impuesto sobre la renta, pero la realidad es más compleja, por ejemplo si introducimos en el análisis los impuestos sobre el consumo.

¹⁶⁷ “Con el fin de alcanzar un sistema fiscal internacional más justo y moderno a escala mundial (a globally fair and modern international tax system), apoyamos el paquete de medidas desarrolladas en el marco del ambicioso proyecto del G-20 y la OCDE contra la erosión de bases y el traslado de beneficios (BEPS). Traducción del autor, original disponible sólo en inglés, en G-20: G20 Leaders’ Communiqué. Antalya Summit, 15-16 November 2015. [en línea]. Disponible en <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/11/16-g20-summit-antalya-communique/> [consulta 11 junio 2016].

¹⁶⁸ Así en la reciente reunión de ministros de finanzas en Shanghái el 27 de febrero de 2016 “Una amplia, consistente y efectiva implementación del Proyecto BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) de la OCDE y el G20 es fundamental para conseguir un sistema fiscal internacional justo y moderno (for a fair and modern international tax system). Reiteramos nuestro compromiso con una implementación temporaria del Proyecto BEPS, y seguiremos examinando los temas relativos a BEPS para garantizar la justicia fiscal y un terreno de juego equilibrado (in order to ensure tax fairness and a level playing field).” Párrafo 7 del Communiqué del G20. Traducción del autor, original disponible sólo en inglés, disponible en G-20 Finance Ministers and Central Bank Governors Meeting Shanghái, 27 de febrero de 2016. [en línea], en <http://www.g20.utoronto.ca/2016/160227-finance-en.html> [consulta 28 febrero 2016]).

¹⁶⁹ “En la actualidad, la prioridad de la UE es promover un crecimiento sostenible y la inversión en un mercado único más justo y más profundo. Europa necesita un marco para una imposición justa y eficaz de los beneficios empresariales con el fin de distribuir las cargas fiscales de manera equitativa, promover el crecimiento sostenible y la inversión, diversificar las fuentes de financiación de la economía europea y reforzar su competitividad” UE: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: *Un Sistema de imposición de las sociedades justo y eficaz en la Unión*

Ubaldo González de Frutos

Los principios del sistema tributario internacional

favor de la equidad internacional, aunque no limitada estrictamente a la materia tributaria, es el Objetivo 10 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas¹⁷⁰, aprobados el 27 de septiembre de 2015, que fija el principio de equidad entre naciones no ya como un principio ordenador de las relaciones internacionales, sino incluso como un objetivo a alcanzar durante los próximos tres lustros.

Ahora bien, la equidad no está expresamente reconocida como principio ordenador del sistema fiscal internacional, y ello comporta algunas consecuencias para la gobernanza mundial. De entrada, si la eficiencia económica se persigue a nivel mundial, el único mecanismo de asignación de recursos es el mercado; y si el mercado tiene fallos (por ejemplo, al favorecer el crecimiento económico de determinados países y no de otros), sería necesario solucionarlos para lograr el cumplimiento de objetivos políticos de la sociedad internacional, como son los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Este problema no se ha abordado de modo sistemático porque la sociedad internacional carece de los mecanismos políticos para decidir de modo democrático cuál ha de ser la atribución “justa” de las rentas derivadas de la eficiencia mundial, pero que no tenga fácil solución no significa que no sea un problema.

Lo que es preciso ahora es, una vez establecido que la cesión de soberanía producida a lo largo de años de firmar tratados por los países en desarrollo es contraria al principio de equidad, hallar mecanismos correctores, para lo cual el instrumento Multilateral de la Acción 15 de BEPS ofrece un primer paso.

2.2.3.- OTROS PRINCIPIOS JURÍDICOS DE LA FISCALIDAD INTERNACIONAL

2.2.3.1 *El Principio de no discriminación.*

El principio de no discriminación es una manifestación del principio de igualdad, y preconiza que las personas que están en idénticas situaciones sean tratadas de igual manera, así como que las que están en situaciones distintas sean tratadas de forma diferente. Este principio se contiene expresamente en el artículo 24 del Modelo de Convenio de la OCDE, y se aplica a los ciudadanos extranjeros en relación con los nacionales para la eliminación de la discriminación en determinadas circunstancias. Partiendo de que todos los sistemas fiscales establecen tratos diferentes basados en motivos legítimos, el artículo 24 busca el equilibrio entre dichos motivos legítimos y la necesidad de evitar discriminaciones injustificadas. Por ello, no se aplica a la

Europea: cinco ámbitos de actuación fundamentales. Bruselas 17 junio de 2015 COM(2015)32 Final. (el subrayado es nuestro)

¹⁷⁰ ONU: *Objetivos de Desarrollo Sostenible. 17 Objetivos para transformar nuestro mundo* [en línea], disponible en <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/> [Consulta 5 de noviembre de 2016]

Ubaldo González de Frutos

Los principios del sistema tributario internacional

denominada "discriminación encubierta o indirecta", sino únicamente a la discriminación directa.

El principio de no discriminación en los Convenios de Doble Imposición tienen algunas características singulares. Se aplica con independencia de la residencia de las personas, y se garantiza a los nacionales de un Estado incluso aunque no sean residentes del mismo¹⁷¹. Las reglas distributivas de la jurisdicción determinan si un Estado tiene legitimidad activa para gravar. Pues bien, una vez asignada la jurisdicción activa, la modalidad de gravamen depende de la legislación del Estado, pero en virtud de la norma de no discriminación tienen prohibido gravar con tributos más altos a los no nacionales. Este principio está cambiando la legislación sobre no residentes, eliminando la mayoría de las diferencias que se hacían antes, fenómeno más evidente en la Unión Europea, donde las reglas de no discriminación provocan una homogeneización de la tributación personal a nivel de la Unión Europea.

Desde el punto de vista económico, las reglas de no discriminación ayudan a lograr la eficiencia en la exportación de capitales. Si no existieran, los residentes invertirían en sus países por motivos fiscales, aunque las condiciones no fiscales y por consiguiente el retorno de la inversión pudieran ser más beneficiosas en el Estado de la fuente. Las reglas de no discriminación ayudan a la eficiencia económica, pero conceptualmente se trata de un principio distinto¹⁷². Este principio está reconocido en todos los tratados fiscales y su presencia ha adquirido carácter de *opinio iuris*: no hay ningún tratado que lo omita porque se considera parte del derecho fiscal internacional consuetudinario.

2.2.3.2 El principio de reciprocidad

En Derecho internacional público es la reciprocidad un principio universalmente aceptado en virtud del cual, en ausencia de norma aplicable a una materia, o como complemento a una norma existente, un Estado adopta una determinada conducta en respuesta simétrica a la adoptada por otro Estado. Así, por ejemplo, en materia de status diplomático la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas establece que, respetando las disposiciones del Convenio, un Estado puede aplicar a otro una interpretación restrictiva del mismo en respuesta a una actitud similar de éste, o pueden aplicarse recíprocamente dos países un trato más favorable en la materia. El ámbito natural de la reciprocidad son ciertamente las relaciones diplomáticas, pero más allá no es claro que tenga mucha aplicación, salvo en el marco de la defensa y para

¹⁷¹ RUST, Alexander: International Tax Neutrality and Non-Discrimination, a Legal Perspective. En Lang et alii, *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*, IBFD, Amsterdam, 2010, pg. 629

¹⁷² Gratez, *Taxing International Income...*, 2001, ibídem, pg. 299-300

Ubaldo González de Frutos

Los principios del sistema tributario internacional

mecanismos relativos al incumplimiento de disposiciones contenidas en tratados internacionales¹⁷³. Ciertamente, su virtualidad en el derecho internacional tributario es escasa porque entra en colisión con el principio de legalidad. Sólo en aplicación de cláusulas específicas, como la de nación más favorecida, se pueden establecer derechos y obligaciones en las relaciones fiscales internacionales.

En un sentido más general, la reciprocidad es una manifestación de la equidad entre naciones, y su aplicación va ganando predicamento en el escenario multilateral de coordinación y asistencia mutua, intercambio automático de información etc. El de *do ut des* es la base conceptual de estos intercambios.

2.3.2.3 Principio de redistribución transfronteriza

Este principio, cuya existencia sostiene Gratez¹⁷⁴, nota que algunas normas tributarias redistributivas se aplican más allá de las fronteras del Estado que las promulga, pudiendo afectar a no residentes. Podría tener otra dimensión, más incierta, en la cual las naciones atiendan a un reparto equitativo de la jurisdicción tributaria que favorezca a los Estados menos desarrollados, como se examina en el Capítulo 6.

Pues bien, a pesar de la analogía con el Derecho interno y de la posición de Graetz, verificar la virtualidad de este principio es más bien difícil. La progresividad sólo se puede aplicar con propiedad a los residentes si lo que quiere medir es la verdadera capacidad de pago, y los gravámenes a los no residentes tienden a ser a tipo único y no progresivo. También se puede reflejar en otras disposiciones de las leyes fiscales, por ejemplo aceptando la deducción por donativos en el impuesto sobre la renta personal cuando los donatarios son entidades no residentes.

En el plano político de redistribución entre países, el artículo 22 de la Carta de Naciones Unidas reconoce el derecho de las personas al bienestar social mediante la suficiencia financiera de su país y la cooperación internacional¹⁷⁵, y la conferencia de Méjico de 2014, preparatoria de la de Addis Abeba, formuló el principio suficiencia financiera de los países, que se traduce en que un

¹⁷³ MORALES LAMA, Manuel: *La reciprocidad en las relaciones internacionales*. [en línea, disponible en <http://www.listindiario.com/puntos-de-vista/2009/6/19/105225/print-no-pics>, consulta 27 de marzo de 2016]

¹⁷⁴ Graetz, *Taxing International Income...*, 2001 *ibidem*, pg. 300.

¹⁷⁵ “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.”

Ubaldo González de Frutos

Los principios del sistema tributario internacional

país no debe depender de la ayuda externa para pagar su desarrollo, y este principio puede implicar medidas para incrementar la recaudación de los países en desarrollo mediante la redistribución transfronteriza¹⁷⁶.

En este contexto, los Objetivos de Desarrollo del Milenio primero, y los Objetivos de Desarrollo Sostenible después, han consolidado la noción de la solidaridad de la humanidad como un todo, de que el bienestar de los ciudadanos en los países en desarrollo es un asunto de todos y no sólo de los afectados, aunque no están tan claros los mecanismos para hacer efectivo el mencionado principio.

2.3.2.4 Principio de instrumentación de la política exterior

Del mismo modo que en la fiscalidad nacional se incorporan objetivos de política sectorial (educativa, sanitaria, etc.), económica (fomento del ahorro) o social (deducciones familiares, vivienda, etc.), el sistema fiscal internacional permite a un país ofrecer tratamientos diferenciados a países específicos, manifestados mediante normas convencionales o de derecho interno¹⁷⁷. De hecho, la firma de un convenio es frecuentemente un indicador de que existen otras políticas exteriores respecto al país en cuestión. Una cuestión distinta es el juicio sobre la eficacia de dichas medidas, pero la instrumentalización económica y política del tributo cabe en Derecho internacional igual que en Derecho interno. Ahora bien, aunque encontramos países, como los EEUU, que utilicen las normas de fiscalidad internacional para conseguir objetivos políticos, es dudoso que como principio pueda predicarse del sistema fiscal internacional, a lo sumo de la política internacional de un (o varios) países, que no es lo mismo.

2.3.2.5 Principio de reducción de costes indirectos

Igual que en Derecho interno, facilitar el cumplimiento a los contribuyentes en un principio de aplicación de la normativa tributaria, aunque su aplicación en Derecho internacional tributario no es un criterio predominante. Ejemplos recientes tenemos en BEPS, a través por ejemplo de la armonización de la documentación de precios de transferencia o de la aparición del régimen simplificado y optativo por servicios de bajo valor añadido. Hasta cierto punto, las retenciones liberatorias son otra forma de reducir las cargas indirectas.

Sin embargo, lo cierto es que en Derecho internacional fiscal la complejidad puede llegar a ser el criterio dominante sobre la simplicidad. En Estados Unidos, por ejemplo, se estima que el 40

¹⁷⁶ GLOBAL PARTNERSHIP FOR EFFECTIVE DEVELOPMENT CO-OPERATION: *First High-Level meeting*. 15 y 16 de abril de 2014. [en línea, disponible en <http://effectivecooperation.org/hlm2014/> consulta 18 de marzo de 2016]

¹⁷⁷ Gratez, *Taxing International Income*...2001, ibídem, pg. 307 – 310.

Ubaldo González de Frutos

Los principios del sistema tributario internacional

por 100 de los costes de cumplimiento de las sociedades se deben a la aplicación de la legislación internacional¹⁷⁸, a pesar de que sólo el 20 por 100 de las bases imponibles tienen origen foráneo.

2.3.2.6 Principio de cooperación internacional.

Reconocido también en el artículo 22 de la Carta de Naciones Unidas, y aunque para López Espadafor se trata de un principio cuestionable¹⁷⁹, lo cierto es que se ha desarrollado sobremanera en los últimos años, en paralelo con la globalización, sobre todo a partir de la Convención de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Tributaria, que se abrió a la firma de todos los países interesados en 2011. Otros hitos significativos son el Acuerdo entre Autoridades Competentes para el Intercambio Automático de Información Financiera, que actualmente tiene 87 signatarios, o el del Intercambio de Informes País Por País, que cuenta con 49. La cooperación internacional en la aplicación de los tributos es probablemente uno de los principios más claramente establecidos en el derecho internacional fiscal hoy en día¹⁸⁰.

2.3.- CONCLUSIONES

La construcción dogmática del Derecho internacional fiscal a partir de principios económicos ha supuesto que durante muchos años el sistema estuviese carente de principios jurídicos, y muy señaladamente del de equidad internacional.

En contra de la situación que observamos en el derecho interno, donde la Constitución y la Ley General Tributaria consagran una dogmática con principios ordenadores como el de capacidad económica, justicia, generalidad, igualdad, progresividad, equitativa distribución de la carga tributaria y no confiscatoriedad, y principios de aplicación como la proporcionalidad, la eficacia, la limitación de costes indirectos derivados del cumplimiento de obligaciones formales y el respeto de los derechos y garantías de los obligados tributarios, en el Derecho fiscal internacional la elaboración doctrinal es mucho más pobre, y durante muchos años se ha limitado a la dogmática económica, materializada en los principios de neutralidad en la exportación de capitales y de neutralidad en la importación de capitales.

A partir de la descolonización y de la emergencia de la Asamblea General de Naciones Unidas como legislador mundial surgió entre 1962 y 1974 una noción de equidad entre naciones, que en

¹⁷⁸ Gratez, *Taxing International Income*...2001, ibídem, pg. 310.

¹⁷⁹ LÓPEZ ESPADAFOR Carlos María. *Principios Básicos de Fiscalidad Internacional*. Marcial Pons, Madrid, 2010, págs. 56 a 60.

¹⁸⁰ Ver Gratez, *Taxing International Income*...2001, ibídem, pg. 311

Ubaldo González de Frutos

Los principios del sistema tributario internacional

principio se aplicaba exclusivamente a los recursos naturales, pero que a principios de los años 70 empezó a aplicarse también a la tributación internacional a través de la noción de la soberanía de los países anfitriones de la inversión para gravar las rentas producidas dentro de su territorio. A partir de ese momento, y del trabajo seminal de los Musgrave en 1972 comienza un proceso de elaboración doctrinal del concepto de equidad entre las naciones, con aplicación a la distribución de la jurisdicción tributaria que, pasando por aportaciones muy destacables como la de Brooks en 2008, llega hasta nuestros días con una fuerza renovada gracias a la revitalización que están promoviendo las organizaciones internacionales.

Como resultado de esta decantación, podemos definir la equidad fiscal entre naciones como el mantenimiento de una capacidad efectiva por parte de los países menos desarrollados para gravar las actividades económicas realizadas en los mismos.

El G20, líder mundial de la acción política internacional en la última década, ha considerado que el Proyecto BEPS refuerza la justicia tributaria internacional. También son estas nociones las que inspiran a la Comisión Europea a reformar el Impuesto de Sociedades a nivel europeo, de nuevo equiparando los dos principios básicos de un sistema tributario al reclamar un sistema fiscal societario más justo y eficiente. El pronunciamiento más reciente en favor de la equidad internacional, aunque no limitada estrictamente a la materia tributaria, es el Objetivo 10 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas, aprobados el 27 de septiembre de 2015, que fija el principio de equidad entre naciones no ya como un principio ordenador de las relaciones internacionales, sino incluso como un objetivo a alcanzar durante los próximos tres lustros.

En este capítulo hemos examinado el nacimiento y la formación del concepto de la equidad entre naciones desde un punto de vista dogmático. En el resto de la tesis doctoral veremos hasta qué punto esa equidad se materializa en los estándares internacionales existentes y lo que la justicia internacional tiene que decir a propósito de su posible reforma, como por ejemplo en la hipotética existencia de un tratado multilateral de cobertura más amplia que el limitado convenio multilateral de la Acción 15 de BEPS, o en el debate sobre la imposición unitaria o formularia, que resurge periódicamente sobre todo cuando los precios de transferencia han dejado de tener suficiente contacto con la realidad económica y se impone una reforma, como ocurrió en Estados Unidos en los últimos años 80 y primeros 90, y ha ocurrido en la primera década del Siglo XXI antes de la reforma de BEPS.

Ubaldo González de Frutos

Los principios del sistema tributario internacional

El principio de equidad entre las naciones ha recibido formulaciones dispares. Por ejemplo, Avi-Yonah le ha denominado principio de tributación única, para Graetz equidad es la entre las naciones, que se concreta en el derecho a gravar las rentas producidas en su territorio y BEPS le denomina “sustancia”, o principio de alineación de las bases imponibles con la sustancia económica. Todos ellos tienen como contenido la garantía del ejercicio efectivo del derecho a la imposición en la fuente por parte de los países anfitriones de la inversión extranjera.

Junto al principio de equidad internacional hemos examinado otros de aplicación general, empezando por los principios económicos de eficiencia: neutralidad en la exportación de capitales y neutralidad en la importación de capitales, que se traducen en el principio jurídico de prohibición de la doble imposición. Hemos examinado también otros principios jurídicos, como el de la no discriminación, el de reciprocidad internacional, el de cooperación internacional y el de reducción de costes indirectos. Finalmente, hemos discutido la posible existencia de un principio de redistribución transfronteriza, algo que exploraremos con más detenimiento en el Capítulo 6.

3.- La fiscalidad internacional en el sistema de fuentes de financiación para el desarrollo

3.1.- INTRODUCCIÓN

El propósito de este capítulo es establecer la importancia de la fiscalidad internacional como fuente financiera de los países en desarrollo para poner en perspectiva la cuestión de la equidad fiscal entre naciones.

Partiremos para este fin del concepto de “Financiación para el Desarrollo” (FpD), un término acuñado en Naciones Unidas en 2002 en el intento de financiar la consecución de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), que habían sido acordados por las Naciones Unidas en el año 2000 para el período hasta 2015. Acabado dicho período, la Asamblea General Naciones Unidas ha establecido el 26 de septiembre de septiembre de 2015 en Nueva York los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)¹⁸¹ para el período 2015-2030, y de nuevo el concepto de FpD ha sido protagonista de la Conferencia de Addis Abeba sobre fuentes de financiación para cumplirlos.

En efecto, la Tercera Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo, reunida en Addis Abeba del 13 al 16 de julio de 2015, aprobó la Agenda de Acción de Addis para proveer a los países menos avanzados de los recursos necesarios para financiar los ODS¹⁸², conferencia que es consecutiva a las celebradas en Monterrey en 2002¹⁸³ y en Doha en 2008¹⁸⁴.

¹⁸¹ Véase ONU : *Objetivos de Desarrollo Sostenible. 17 Objetivos para transformar nuestro mundo* [en línea], disponible en <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/> [Consulta 5 de noviembre de 2016]

¹⁸² ONU: *Outcome Document of the Third Conference on Financing for Development: Addis Ababa Action Agenda*. [en línea] 13-16 julio 2015. Naciones Unidas, A/CONF.227/L.1 Disponible en http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/CONF.227/L.1. [consulta 5 Feb 2016]

¹⁸³ ONU: Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo de 2002, Naciones Unidas, A/CONF.198/11 [en línea], 2002. Disponible en <http://www.un.org/es/conf/ffd/2002/> [consulta 5 febrero 2016]

Ubaldo González de Frutos

La fiscalidad internacional y la financiación para el desarrollo

La primera fue consecuencia de la formulación de los Objetivos de Desarrollo del Milenio en 2000, un programa muy ambicioso para el cual, sin embargo, Naciones Unidas no había previsto un plan financiero, así que hubo de venir a posteriori. Del mismo modo, la conferencia de Doha de 2008 respondió a la necesidad de relanzar los ODM y de financiar el esfuerzo adicional que a la sazón se requería. En 2015, en cambio, el proceso siguió un orden más lógico: primero se aprobó el plan financiero y después se aprobaron los ODS.

La Agenda de Addis, partiendo del Consenso de Monterrey y de la Declaración de Doha, trató de identificar las fuentes para financiar los ODS en su triple dimensión de crecimiento económico para todos, protección del medio ambiente y fomento de la inclusión social. Los ODS incluyen el respeto a los derechos humanos, la igualdad de género y el empoderamiento¹⁸⁵ de las mujeres y las niñas, y la Agenda de Addis se orienta a la consecución de un sistema económico mundial equitativo donde ningún país quede a la zaga, fomentando las oportunidades en los países en desarrollo, a la vez que intenta proteger la sostenibilidad del planeta, preservándolo para las generaciones futuras.

Por consiguiente, podemos definir la FpD como un conjunto de políticas públicas que trata de apoyar la consecución de los ODM-ODS. Aunque sólo surgió en la Conferencia de Monterrey de 2002, pese a su relativa juventud ha evolucionado notablemente, y ello por dos motivos: en primer lugar los cambios económicos acaecidos a nivel mundial, especialmente el apogeo de las multinacionales como manifestación de la globalización, lo que ha potenciado el fenómeno de las rentas apátridas¹⁸⁶, y en segundo lugar la propia evolución conceptual sobre el sistema de la financiación para el desarrollo, que ha pasado de fundamentarse en la ayuda externa al extremo opuesto de buscar la movilización de los recursos nacionales, de donde emerge la equidad entre

¹⁸⁴ ONU: Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo de 2008, Naciones Unidas, A/CONF.212/L.1/Rev.1 [en línea] disponible en <http://www.un.org/es/conf/ffd/2008/> [consulta 5 febrero 2016]

¹⁸⁵ Este neologismo, traducido así en los documentos oficiales de Naciones Unidas, se refiere al inglés “empowerment”, un concepto que lleva más allá la igualdad de género al reclamar para las mujeres recursos para que puedan hacer efectiva en términos económicos su igualdad jurídica (objetivo 5 de los ODS, <http://www.undp.org/content/undp/es/home/sustainable-development-goals/goal-5-gender-equality.html>)

¹⁸⁶ En el capítulo siguiente se contiene un análisis detallado de este fenómeno. Para el concepto de rentas apátridas véase KLEINBARD, Edward. Stateless Income Challenge to Tax Policy. En *Tax Notes*, Parte 1 del artículo, [en línea], 5 de septiembre de 2011, Disponible en <http://www.taxanalysts.com/www/features.nsf/Articles/67BEF665EC348BE985257E1A0062230D?OpenDocument> Parte 2 del artículo [en línea], 12 de noviembre de 2012 <http://www.taxanalysts.com/www/features.nsf/Features/AFC670629CBB169785257E1B004B24FF?OpenDocument> [Consulta en 3-1-2016]

Ubaldo González de Frutos

La fiscalidad internacional y la financiación para el desarrollo

naciones no sólo como un principio ordenador de las relaciones internacionales, sino como un objetivo a alcanzar durante los próximos tres lustros. En efecto, el Objetivo 10 de los ODS es reducir la desigualdad en y entre los países¹⁸⁷.

El cambio en las condiciones macroeconómicas mundiales trae causa a su vez del aumento general de la actividad económica y de las corrientes de financiación, impulsados por los adelantos de la ciencia, la tecnología y la innovación. Esta expansión ha llegado a los países en desarrollo, que en muchos casos han observado una excelente trayectoria económica, contribuyendo a liberar de la pobreza a millones de ciudadanos. El aumento de la riqueza y del progreso social en los PVD ha sido impresionante, y ello a pesar de que los últimos años del período correspondiente a los Objetivos de Desarrollo del Milenio (2000-2015), en parte como consecuencia de la crisis financiera global de 2008-2013, vieron cómo aumentaba la desigualdad. La crisis de 2008 puso de manifiesto también la gran volatilidad de la ayuda oficial al desarrollo y acentuó la importancia estratégica de la movilización de recursos nacionales.

Esta prosperidad se debió en parte al aumento del precio de las materias primas en los mercados mundiales, pero también a la propia implementación de la Agenda de Monterrey, que en muchos países surtió un efecto transformador muy importante. Los PVD pusieron en práctica políticas que dinamizaron efectivamente la movilización de recursos nacionales y, como resultado, su participación en el comercio mundial y el bienestar general se incrementaron. Los ODM preveían que para conseguirlo sería necesario aumentar la presión fiscal en cuatro puntos¹⁸⁸ y en muchos países se logró, aunque más de 20 países en desarrollo todavía tienen una

¹⁸⁷ La explicación de este objetivo para Naciones Unidas se remonta a “la crisis financiera de 2008, que demostró con creces la vulnerabilidad en la que quedan los países de medianos y bajos ingresos cuando tiemblan los cimientos del sistema financiero mundial”. “La crisis, –sigue diciendo la descripción del Objetivo 10– que comenzó por el colapso de la burbuja inmobiliaria en Estados Unidos se contagió al sistema financiero de ese país y después al sistema internacional. Además de profundas dificultades de liquidez, esta provocó una crisis alimentaria global y severos derrumbes bursátiles. En las negociaciones efectuadas en la Conferencia Rio + 20 celebrada en 2012 se tomaron en cuenta estos acontecimientos y se llegó a la conclusión de que no se podría avanzar en la implantación de un nuevo paradigma de desarrollo si no se consideraba el efecto negativo de las desigualdades en todos los niveles de las sociedades y entre los países”. En ONU: *Objetivos de Desarrollo Sostenible. 17 Objetivos para transformar nuestro mundo* [en línea], disponible en <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/> [Consulta 5 de noviembre de 2016].

¹⁸⁸ ONU: *Investing in Development. A practical Plan to Achieve the Millennium Goals*. [en línea] United Nations, New York, 2005. Disponible en <http://www.unmillenniumproject.org/documents/MainReportComplete-lowres.pdf> [Consulta 5 Feb 2016] Pg. 239.

Ubaldo González de Frutos

La fiscalidad internacional y la financiación para el desarrollo

presión fiscal inferior al 15% del PIB¹⁸⁹. En el mismo sentido, si bien muchos países pobres siguen fuertemente endeudados, en muchos otros el problema de la deuda ha disminuido. El resultado más destacado de este entorno macroeconómico en el contexto de los ODM ha sido una reducción sustancial del número de personas que viven en la pobreza extrema.

En cualquier caso, es incuestionable que en el marco de los Objetivos de Desarrollo del Milenio antes (2000-2015) y en los Objetivos de Desarrollo Sostenible ahora (2016-2030), la movilización de recursos nacionales es la principal estrategia para poder financiar el desarrollo y conseguir la aplicación práctica del principio de equidad entre las naciones. Para ello hay que ensanchar las bases imponibles, fortalecer las administraciones tributarias y redoblar los esfuerzos para combatir el fraude fiscal interno, la economía sumergida y la planificación fiscal abusiva. Las tres conferencias de FpD han reconocido la especial importancia de la cooperación fiscal internacional para alentar la inversión en favor del desarrollo y multiplicar la movilización de los recursos internos, en particular combatiendo la evasión fiscal. También han reconocido la importancia de respaldar los esfuerzos nacionales, promoviendo la asistencia técnica e intensificando la cooperación y participación internacional para solucionar los defectos del sistema fiscal internacional. Es el momento, pues, de entrar en el análisis detallado de la FpD, para lo cual comenzaremos por el marco general del orden económico internacional.

3.2.- LA FINANCIACIÓN PARA EL DESARROLLO EN EL ORDEN ECONÓMICO INTERNACIONAL

El orden económico internacional, definido como el conjunto de políticas económicas y de las organizaciones internacionales de las que emanan, aspira a regular la economía mundial con el objetivo fundamental de garantizar la estabilidad y prevenir crisis económicas, siendo por ende el mecanismo principal para implementar el principio de equidad entre naciones que hemos desglosado en el Capítulo 2. Su misión es fomentar el desarrollo económico y social mediante el comercio y la inversión para asegurar las condiciones que permitan la paz y la prosperidad duradera. Las organizaciones internacionales juegan en el orden económico internacional un papel arbitral y de fomento que alimenta el proceso de formación de las políticas para el desarrollo y vigila su puesta en práctica, garantizando el cumplimiento de la legislación internacional y el logro de la equidad entre naciones.

¹⁸⁹ FMI, Fiscal Affairs Department: *Revenue mobilisation in developing countries* [en línea] Consulta 1-1-2016. Disponible en <https://www.imf.org/external/np/pp/eng/2011/030811.pdf> pg. 17

Ubaldo González de Frutos

La fiscalidad internacional y la financiación para el desarrollo

El orden existente hoy día se basa fundamentalmente en el conjunto institucional creado al acabar la Segunda Guerra Mundial, con organizaciones que terminaron de definirse durante la Guerra Fría y en el proceso de descolonización, aunque hay que remontarse un poco más porque los acontecimientos del Siglo XX son difícilmente explicables sin tener en cuenta la Revolución Industrial y el liberalismo económico que se desarrollan durante la segunda mitad del XVIII y todo el XIX. Especialmente influyentes en el orden económico existente han sido el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), que marcaron las pautas políticas durante el periodo de postguerra. En materia tributaria, el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE ha ostentado el liderazgo en la construcción de estándares para la fiscalidad internacional. Por su parte, las Naciones Unidas han liderado los trabajos en materia de fiscalidad internacional para los países en desarrollo a través del Comité de Expertos sobre Cooperación Internacional en Cuestiones de Tributación.

Como hemos visto en el Capítulo 2, la época clave en la formación de los conceptos de soberanía y equidad en la Financiación para el Desarrollo es la época posterior a la Guerra Mundial, siendo la Asamblea General de las Naciones Unidas la que consagró el principio de igualdad soberana sobre los recursos naturales, de donde se extendió al derecho de regulación de las inversiones extranjeras, que incluye los aspectos tributarios. Recordemos que esta elaboración doctrinal se produce a partir de la Resolución de 1962 sobre la Soberanía Permanente de los Recursos Naturales¹⁹⁰ y hasta la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados de 1974¹⁹¹, siendo también el origen del interés doctrinal por la conceptualización de la equidad tributaria internacional, que comienza con los trabajos de Musgrave¹⁹².

En tiempos más recientes, la gobernanza económica mundial se ha visto en la necesidad de dar respuesta a problemas nuevos, como los conflictos bélicos regionales, la pobreza extrema, la desigualdad social o el deterioro del medio ambiente. Un hito fue la conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medioambiente celebrada en Río de Janeiro en 1992, que llevó el problema del deterioro medioambiental a la agenda de los organismos internacionales para encontrar una salida a la dicotomía entre ecología y desarrollo, llegando hasta la Conferencia de París de diciembre de 2015. La constitución de la Organización Mundial del Comercio fue otro factor fundamental en la evolución del comercio y la inversión mundial. Finalmente, la persistencia de

¹⁹⁰ Asamblea General, Res. 1803, 17 sesión, Sup. No. 17, U.N. Doc. A/5217 (1962).

¹⁹¹ Asamblea General, Res. 3281, U.N. 29 Sesión, Sup. No. 31, U.N. Doc. A/9631 (1974)

¹⁹² MUSGRAVE, R. y MUSGRAVE P. B.: *Inter-nation equity*, en BIRD, R. y HEAD, J. (eds), *Modern Fiscal Issues: Essays in Honor of Carl S. Shoup* Toronto, University of Toronto Press, 1972.

Ubaldo González de Frutos

La fiscalidad internacional y la financiación para el desarrollo

los problemas del desarrollo quince años después de haberse formulado el programa ODM, llevaron a Naciones Unidas a renovar el acuerdo político mundial en torno a los Objetivos de Desarrollo del Milenio, con las ya conocidas conferencias de FpD de Monterrey y Doha, y sobre todo con la Conferencia Río+20¹⁹³, que lanzó definitivamente el proceso para renovar los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Concluido en 2015 el plazo de los ODM, las Naciones Unidas aprobaron los Objetivos de Desarrollo Sostenible¹⁹⁴ el 26 de septiembre de 2015 en Nueva York, y para financiarlos se celebró la Conferencia de Addis Abeba¹⁹⁵ en julio de 2015.

En general, existe un cierto consenso sobre la robustez del marco institucional vigente para aplicar el principio de equidad entre naciones, pese a que las crisis económicas y financieras, los conflictos bélicos y los desastres naturales han planteado la necesidad de hacer cambios para facilitar la resiliencia. En el caso particular de la fiscalidad, sin embargo, no todos los agentes del proceso han visto la Conferencia de Addis Abeba con el mismo optimismo. Al contrario, existieron disensiones, impulsadas por las ONGs y lideradas por la India y China al mando del G-77, que pedían acometer cambios estructurales amplios, tanto en países en desarrollo como en los industrializados, e incrementar la dotación y representatividad del Comité de Expertos Fiscales de Naciones Unidas, de suerte que eventualmente sustituyera a la OCDE como organización encargada *de facto* de fijar los estándares mundiales de fiscalidad internacional¹⁹⁶. El acuerdo final, en cambio, se limitó a “reforzar el trabajo del Comité de Expertos de UN para

¹⁹³ «Río+20» es el nombre abreviado de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, que tuvo lugar en Río de Janeiro del 20 al 22 de junio de 2012, justo veinte años después de la histórica Cumbre de la Tierra en Río en 1992. En la Conferencia de Río +20, los líderes mundiales, junto con miles de participantes del sector privado, las ONG y otros grupos representativos, fijaron el marco general para lograr los objetivos de reducir la pobreza, fomentar la equidad social y garantizar la protección del medio ambiente en un planeta cada vez más poblado. Los temas centrales del debate fueron cómo construir una economía ecológica para lograr el desarrollo sostenible y vencer la pobreza, y cómo mejorar la coordinación internacional para el desarrollo sostenible. El resultado de la conferencia fue un documento programático, denominado “El Futuro que queremos”, un interesante documento con frecuentes alusiones a la igualdad, pero más en la dimensión interna a cada nación que en el de una igualdad entre naciones, como terminaría recogiendo en el Objetivo 10 de los ODS. Véase ONU: *El Futuro que queremos*, Resolución aprobada por la Asamblea General el 27 de julio de 2012 [en línea]. A/RES/66/288. Disponible en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/66/288>. [Consulta 19 de marzo de 2016].

¹⁹⁴ ONU: *Objetivos de Desarrollo Sostenible. 17 Objetivos para transformar nuestro mundo* [en línea], disponible en <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/> [Consulta 5 de noviembre de 2016]

¹⁹⁵ ONU: *Outcome Document of the Third Conference on Financing for Development: Addis Ababa Action Agenda*. [en línea] 13-16 julio 2015. Naciones Unidas, A/CONF.227/L.1 Disponible en http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/CONF.227/L.1. [consulta 5 Feb 2016]

¹⁹⁶ BUSINESS STANDARD: *India has pitched for UN tax regime to protect developing world*. [en línea] Business Standard, Nueva Deli, 2 Septiembre 2015. Disponible en http://www.business-standard.com/article/news-ians/india-has-pitched-for-un-tax-regime-to-protect-developing-world-115090201386_1.html [consulta 5 feb 2016]

Ubaldo González de Frutos

La fiscalidad internacional y la financiación para el desarrollo

la problemática de la fiscalidad internacional con el fin de mejorar su eficacia y su implicación con el Consejo Económico y Social¹⁹⁷, con notoria frustración para las ONGs y otros agentes de la comunidad del desarrollo¹⁹⁸, que hubieran preferido que la ONU asumiera la labor codificadora que actualmente desempeña la OCDE.

3.2.1.- UN NUEVO EQUILIBRIO DE PODERES Y EL G-20

Con la caída del muro de Berlín el mundo entró en una dinámica completamente distinta. Hasta entonces, las relaciones económicas internacionales habían venido determinadas por la pertenencia de los países a uno de los tres grandes bloques: países occidentales desarrollados con economías de mercado (oeste), países de economía planificada (este), y países en vías de desarrollo, tanto de economía de mercado como planificada (sur). En los 90, y sobre todo con la llegada del milenio, la relación se hace poliédrica, con tres grandes grupos de países: economías desarrolladas, economías emergentes y países en desarrollo.

En un primer momento, la gobernanza mundial se ejerce por el G-7¹⁹⁹, que luego se transforma en el G-8 con la incorporación de Rusia. Después, en 2005, surge el G8+5, cuando el premier británico Tony Blair, como anfitrión de la reunión anual del G-8 a celebrar en Gleneagles,

¹⁹⁷ El párrafo clave es el párrafo 29, que regula el Comité de Expertos sobre Cooperación Internacional en Cuestiones de Tributación de Naciones Unidas: “*Ponemos de relieve la importancia de que haya una cooperación y un diálogo inclusivos entre las autoridades fiscales nacionales sobre cuestiones internacionales de tributación. A este respecto, acogemos favorablemente la labor del Comité de Expertos sobre Cooperación Internacional en Cuestiones de Tributación, incluidos sus subcomités. Hemos decidido que trabajaremos para reforzar aún más sus recursos con miras a que crezca su efectividad y capacidad operacional. Con tal fin, aumentaremos la frecuencia de sus reuniones a dos períodos de sesiones por año, con una duración de cuatro días laborables cada uno. Incrementaremos la colaboración del Comité con el Consejo Económico y Social mediante la Reunión Especial sobre Cooperación Internacional en Cuestiones de Tributación con miras a mejorar el examen intergubernamental de las cuestiones fiscales. Los miembros del Comité continuarán informando directamente al Consejo Económico y Social. Seguimos instando a los Estados Miembros a que apoyen al Comité y a sus órganos subsidiarios mediante el fondo fiduciario de contribuciones voluntarias para que el Comité pueda cumplir su mandato, en particular para propiciar que aumente la participación de expertos de países en desarrollo en las reuniones de los subcomités*”. (ONU: Tercera Conferencia Internacional de Financiación para el Desarrollo. Agenda de Acción de Addis Abeba. [en línea] 13-16 julio 2015. Naciones Unidas, A/CONF.227/L.1 Disponible en http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/CONF.227/L.1&referer=/english/&Lang=S [consulta 5 Feb 2016])

¹⁹⁸ BOULO, J: *Conférence d'Addis Abeba – déception des pays africains et du Sud*. Le Point, 17 de julio de 2015.

¹⁹⁹ Reúne a los siete países más industrializados: Alemania, Canadá, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón y Reino Unido

Ubaldo González de Frutos

La fiscalidad internacional y la financiación para el desarrollo

Escocia, decide invitar a cinco países emergentes²⁰⁰ para ampliar la representatividad del grupo de cara a los problemas candentes a la sazón: la financiación para el desarrollo (que resultaría en la Conferencia de Doha en 2008) y el cambio climático. El G8+5 publicó en Gleneagles una resolución conjunta buscando construir un nuevo paradigma en la cooperación internacional. Pues bien, Gleneagles es el germen del G-20.

A partir de 2009, un G-20 ya constituido formalmente e integrado por 19 países más la Unión Europea²⁰¹, ejerce la gobernanza económica mundial para mantener la estabilidad financiera internacional y solucionar asuntos que trascienden el ámbito de acción de las organizaciones internacionales, sobre las cuales ejercen de hecho una función de dirección y coordinación. Su conferencia inaugural se celebró en Berlín en 2009 y desde entonces no ha dejado de ganar influencia. La equidad entre las naciones está encarnada en lo político por las Naciones Unidas y en lo económico, hoy por hoy, por el G-20.

3.2.2.- LA ATENCION DEL G-20 A LOS PAÍSES EN DESARROLLO

Dada la importancia y gravedad de los problemas del desarrollo, el G-20 decidió pronto constituir un Grupo de Trabajo de Desarrollo, porque entendía que no era posible lograr un crecimiento mundial fuerte, sostenible y equilibrado y asegurar una economía global más robusta y resistente sin fortalecer a la vez a los países en desarrollo.

De esta manera el G-20 se ha convertido en el verdadero líder económico mundial, con la credibilidad necesaria para impulsar la construcción de la agenda de desarrollo de Naciones Unidas para después de 2015. También bajo su liderazgo se ha completado el proceso de definición de los objetivos por la ONU, con el nuevo marco de los Objetivos de Desarrollo Sostenible reemplazando a los Objetivos de Desarrollo del Milenio.

Para ello, el Grupo de Trabajo de Desarrollo se centró en áreas de gran impacto, como la infraestructura, el fomento de las condiciones para atraer la inversión del sector privado, la movilización de recursos nacionales y la inclusión financiera, teniendo en cuenta la necesidad de fomentar el uso de los canales financieros formales y reducir el costo de las transferencias de remesas hacia los países en desarrollo. Entre las recomendaciones del G-20, específicamente

²⁰⁰ Brasil, India, China, Méjico y Sudáfrica

²⁰¹ Los países del G-8 (Alemania, Canadá, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón, Reino Unido y Rusia) más Arabia Saudí, Argentina, Australia, Brasil, China, Corea del Sur, India, Indonesia, Méjico, Sudáfrica y Turquía. España es “*invitado permanente*”.

Ubaldo González de Frutos

La fiscalidad internacional y la financiación para el desarrollo

está el apoyo a la participación de los países en desarrollo a la firma de convenios fiscales internacionales, para que puedan aprovecharse y mejorar sus ingresos nacionales²⁰², un tema que trataremos en el capítulo 4.

3.2.3.- LA AGENDA DE NACIONES UNIDAS PARA DESPUÉS DEL CICLO DE LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO DEL MILENIO

La Agenda post-2015 parte de reconocer el gran éxito (aunque no el éxito absoluto) de la iniciativa de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM)²⁰³, pues consiguió enormes avances en la erradicación de la pobreza mundial, escolarizar a más niños que nunca en la historia, una drástica reducción de la mortalidad infantil, mejorar el acceso al agua potable, y salvar millones de vidas de la malaria, el SIDA y la tuberculosis. En el gráfico siguiente se representa el grado de consecución del Objetivo 1, “Erradicar la pobreza extrema y el hambre”

Ilustración 2: Consecución del Objetivo 1 de los ODM, “Erradicar la pobreza extrema y el hambre”

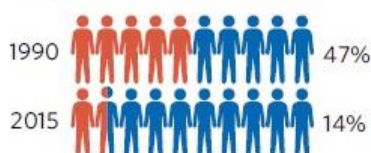
²⁰² “so they can reap the benefits for domestic revenues”
<http://www.dfat.gov.au/trade/g20/development.html>

²⁰³ Para una discusión de los objetivos alcanzados y el grado de cumplimiento véase ONU: Objetivos de Desarrollo del Milenio. Informe de 2015. [en línea] Disponible en http://www.un.org/es/millenniumgoals/pdf/2015/mdg-report-2015_spanish.pdf [consulta 19 de marzo de 2016]

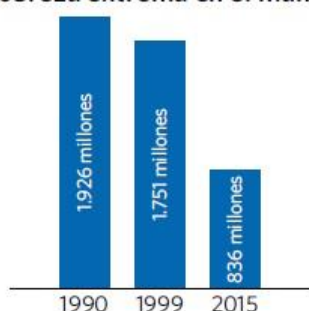
Ubaldo González de Frutos

La fiscalidad internacional y la financiación para el desarrollo

Tasa de pobreza extrema en países en desarrollo



Personas que viven en pobreza extrema en el mundo



Fuente: Naciones Unidas, *Objetivos de Desarrollo del Milenio. Informe de 2015*²⁰⁴

Ahora bien, como reconocieron mandatarios de 190 países en la cumbre de Nueva York en Septiembre de 2015, los logros de los ODM siguen siendo insuficientes. En el mundo actual hay que seguir trabajando para que la prosperidad, la equidad, la libertad, la dignidad la paz y la justicia sean la norma. Por ello, ya en la cumbre de los ODM de septiembre de 2010, la ONU propuso trabajar con gobiernos, agentes de la sociedad civil y otros interesados para, aprovechando el impulso generado por los ODM, seguir adelante con un ambicioso programa de desarrollo más allá de 2015. La participación del Grupo de Desarrollo del G-20 en el proceso de Naciones Unidas, decidida en la conferencia de Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, que tuvo lugar en junio de 2012 en Río de Janeiro ("Rio+20"), fue decisiva y en su documento final se plasmó el mandato de crear un grupo intergubernamental abierto sobre los "Objetivos de Desarrollo Sostenible" para que desarrollara una propuesta para su examen por la Asamblea General²⁰⁵.

²⁰⁴ Naciones Unidas, 2015, *ibidem*, página 4

²⁰⁵ "Decidimos establecer un foro político de alto nivel de carácter intergubernamental y universal que aproveche los puntos fuertes, las experiencias, los recursos y las modalidades de participación inclusiva de la Comisión sobre el Desarrollo Sostenible, y que posteriormente reemplace a la Comisión. El foro político de alto nivel realizará el seguimiento de la aplicación de los planes de desarrollo sostenible y evitará la coincidencia de tareas entre las estructuras, los órganos y las entidades de una manera eficaz en función de los costos". Párrafo 84 de ONU: *El Futuro que*

Ubaldo González de Frutos

La fiscalidad internacional y la financiación para el desarrollo

El Secretario General, Ban Ki-Moon, creó en consecuencia un equipo de trabajo que coordinase los preparativos para los objetivos desarrollo más allá de 2015 y en julio de 2012 se anunció la composición del Grupo Asesor de Alto Nivel con el objetivo de definir los nuevos retos en materia de desarrollo a partir de la experiencia adquirida con los ODM²⁰⁶.

Se realizó una consulta abierta a través de la encuesta “Mi Mundo”, una iniciativa a escala mundial para que los ciudadanos votasen cuáles de las seis cuestiones de desarrollo influyen más en sus vidas. Entidades de la sociedad civil de todo el mundo participaron en el proceso, junto con universidades, institutos de investigación y otros agentes sociales. En conjunto, el Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo planteó once consultas temáticas globales y consultas nacionales en más de 60 países. El resultado tanto del Grupo de Alto Nivel como del Grupo de Trabajo abierto fue un marco único de desarrollo para la reducción de la pobreza y el desarrollo sostenible, aprobado en Nueva York en Septiembre de 2015.

3.2.4.- LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE

Los nuevos Objetivos Mundiales y la agenda para el desarrollo sostenible van mucho más allá de los ODM, abordando las causas fundamentales de la pobreza y la necesidad universal de un desarrollo inclusivo, que albergue a todas las personas. Según la administradora del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Helen Clark, "este acuerdo marca un hito importante al poner nuestro mundo en un curso integrador y sostenible. Si todos trabajamos juntos, tenemos la oportunidad de cumplir las aspiraciones de los ciudadanos de paz, prosperidad y bienestar, y de preservar nuestro planeta"²⁰⁷. Los objetivos definidos para el período 2015-2030 son los que se insertan en la tabla siguiente.

queremos. Resolución aprobada por la Asamblea General el 27 de julio de 2012 [en línea]. A/RES/66/288. Disponible en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/66/288>. [Consulta 19 de marzo de 2016]

²⁰⁶ contaba con 27 miembros, copresidido por el presidente de Indonesia Yudoyono, el presidente de Liberia Johnson-Sirleaf y el primer ministro del Reino Unido David Cameron, e integrado por sociedad civil, sector privado y gobiernos.

²⁰⁷ ONU: *Agenda 2030 para el desarrollo sostenible* [en línea]. Disponible en <http://www.undp.org/content/undp/es/home/sdgooverview/post-2015-development-agenda.html> [consulta 5 Feb 2016]

Tabla 3: Los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas:

1. Erradicar la pobreza en todas sus formas en todo el mundo
2. Poner fin al hambre, conseguir la seguridad alimentaria y una mejor nutrición, y promover la agricultura sostenible
3. Garantizar una vida saludable y promover el bienestar para todos para todas las edades
4. Garantizar una educación de calidad, inclusiva y equitativa, y promover las oportunidades de aprendizaje permanente para todos
5. Alcanzar la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y niñas
6. Garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todos
7. Asegurar el acceso a energías asequibles, fiables, sostenibles y modernas para todos
8. Fomentar el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo, y el trabajo decente para todos
9. Desarrollar infraestructuras resilientes, promover la industrialización inclusiva y sostenible, y fomentar la innovación
10. Reducir las desigualdades entre los países y dentro de ellos
11. Conseguir que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles
12. Garantizar las pautas de consumo y de producción sostenibles
13. Tomar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos (tomando nota de los acuerdos adoptados en el foro de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático)
14. Conservar y utilizar de forma sostenible los océanos, los mares y los recursos marinos para lograr el desarrollo sostenible
15. Proteger, restaurar y promover la utilización sostenible de los ecosistemas terrestres, gestionar de manera sostenible los bosques, combatir la desertificación y detener y revertir la degradación de la tierra, así como frenar la pérdida de diversidad biológica
16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles
17. Fortalecer los medios de ejecución y reavivar la alianza mundial para el desarrollo sostenible

Ubaldo González de Frutos

La fiscalidad internacional y la financiación para el desarrollo

A los efectos de nuestro estudio resulta extraordinariamente relevante el Objetivo 10, que explícitamente establece como objetivo la equidad en y entre naciones. Este pronunciamiento vino en parte influido por el aumento de la desigualdad que trajo la crisis de 2008, que trajo un aumento del 11% de la desigualdad existente, llevando a una situación donde el 10% más rico de la población se atribuye el 40% de la renta mundial total, mientras que el 10% más pobre obtiene sólo entre el 2% y 7%²⁰⁸.

Lo interesante del Objetivo 10, aparte de consagrar la equidad entre naciones no sólo como un principio fundamental de ordenación del sistema sino también como un objetivo, es que dispone de indicadores para su medición. El más importante es el índice de Palma²⁰⁹, que al relacionar los ingresos del 10% más alto de la población con los ingresos del 40% más bajo, ofrece una medida de la desigualdad dentro del país y a la vez una ratio comparativa de la desigualdad comparativa entre naciones.

Pero medir la desigualdad entre naciones es mucho más complicado que comparar las desigualdades relativas de la población, y los indicadores de Naciones Unidas para este fin no resultan suficientes. Además del índice de Gini y de Palma, se utiliza un índice de ayuda al desarrollo (AOD a países de rentas más bajas como porcentaje del PIB) y un indicador de penetración institucional de los PVD (porcentaje de representantes de los PVD en los Consejos del BFI y del BM). Esta medición se relaciona con el objetivo de mejorar la regulación y el control de los mercados y de las instituciones financieras, y fomentar la asistencia para el desarrollo y la inversión extranjera directa para las regiones que más lo necesiten.

²⁰⁸ Datos extraídos de ONU: *Objetivos de Desarrollo Sostenible. 17 Objetivos para transformar nuestro mundo* [en línea], disponible en <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/> [Consulta 5 de noviembre de 2016]

²⁰⁹ El índice Palma, desarrollado por un conjunto de investigadores del Kings' College de Londres, supera el problema del tradicional índice de Gini de otorgar un gran peso a las clases medias y su falta de sensibilidad a los cambios demográficos y a la evolución en los extremos de la población, donde los cambios son más frecuentes y donde la desigualdad es mayor. En su lugar, el índice de Palma se define como la razón entre el ingreso del 10% más alto de la población (decil X) entre el ingreso del 40% más bajo (deciles I, II, III y IV). Este resultado arroja una medida que refleja la disparidad del ingreso entre los extremos de la distribución. Junto al tradicional coeficiente de Gini, el índice de Palma se ha seleccionado por Naciones Unidas por su gran potencial de comunicación en términos de economía política, pues ilustra con mucha claridad la brecha de ingresos entre los extremos. Véase: ONU, LEADERSHIP COUNCIL OF THE SUSTAINABLE DEVELOPMENT SOLUTIONS NETWORK. *Indicators and a monitoring framework for the Sustainable Development Goals. Launching a data revolution*. [en línea] 12 de junio de 2015. Disponible en <http://unsdsn.org/wp-content/uploads/2015/05/150612-FINAL-SDSN-Indicator-Report1.pdf> [consulta 19 de marzo de 2016], página 171.

3.3.- LA AYUDA OFICIAL AL DESARROLLO Y SU DECRECIENTE IMPORTANCIA.

Como sabemos, la AOD ha sido durante años el eje sobre el que ha pivotado el concepto de financiación para el desarrollo. Fue la clave en el consenso de Monterrey de 2002, pues existía la creencia de que la AOD sería la principal fuente para conseguir transferencias de fondos desde los países desarrollados a los países en desarrollo. La meta que se marcó entonces fue que los donantes llegasen al 0,7% del PIB de transferencias, intentando así alcanzar un objetivo que se definió por primera vez en la década de los años 70. En contraposición, se establecía para los donatarios el deber de incrementar la transparencia en cuanto a la forma de aplicar estos fondos. El objetivo de allegar el 0,7% se alcanzó por algunos países durante la primera década del año 2000, y así, entre el Consenso de Monterrey y la Conferencia de Doha, justo antes del comienzo de la crisis financiera de 2008, los países donantes incrementaron notablemente la cantidad destinada a la ayuda oficial al desarrollo, llegando a 130.000 millones de dólares en 2010²¹⁰. Sin embargo, a partir de ese momento la ayuda se estancó debido a los recortes presupuestarios impuestos por la crisis financiera en los países donantes. En 2014 se consiguió una cifra récord de 137.200 millones, pero parece claro que sus posibilidades de crecimiento son limitadas.

En términos medios, la AOD alcanza hoy en día el 11% de los presupuestos de los países en desarrollo, lo cual pone de relieve su declive como fuente de financiación para el desarrollo, aunque para algunos sigue siendo una fuente financiera de primera magnitud. Este es el caso especialmente del África subsahariana, donde aproximadamente el 25% de su presupuesto se nutre de la ayuda externa. Este fenómeno ha generado una cierta controversia en cuanto al concepto descrito como “dependencia de la ayuda externa”, pues se sostiene que uno de los problemas estructurales de estos países es precisamente el mantenimiento de un nivel importante de ayuda externa, pues según esta teoría supone un desincentivo al desarrollo de capacidades para la movilización de recursos nacionales por parte de las autoridades del país, generando un círculo vicioso de dependencia de la ayuda externa: mientras ésta se mantenga, el gobierno no tiene necesidad de incrementar los ingresos fiscales, acometer reformas o ensanchar las bases imponibles. Pese al atractivo intuitivo de esta noción, los estudios realizados sobre el

²¹⁰ SAVOY, Connor y PERKINS, Christina: *Taxes and Development. The promise of Domestic resource Mobilisation*. [en línea] Center for Strategic and International Studies. Diciembre de 2014. Disponible en http://csis.org/files/publication/141203_Savoy_TaxesDevelopment_Web.pdf [Consulta 5 de febrero de 2016]. Pg. 4

Ubaldo González de Frutos

La fiscalidad internacional y la financiación para el desarrollo

fenómeno de la dependencia de la ayuda externa no son concluyentes²¹¹. Lo que sí es evidente es la volatilidad de la AOD, seis veces superior a la de la movilización de recursos internos²¹², como ha quedado de manifiesto en la crisis de 2008, pues los recortes a los presupuestos de los países donantes se efectúan en estos conceptos en primer lugar. Esto ha llevado a relativizar la importancia de esta fuente de financiación e incluso a sugerir la noción de la soberanía de la financiación para el desarrollo, en el sentido de que ningún país debería depender de la ayuda externa para financiar su propio desarrollo, sino que los países desarrollados y en desarrollo tienen que cooperar para facilitar la MRN²¹³.

La importancia de esta fuente en los primeros años del Siglo XXI se reflejó en la Declaración de París de 2005 sobre la eficacia de la ayuda²¹⁴, con seis principios que supusieron un acuerdo entre donantes y donatarios, y que por su importancia destacamos en el siguiente recuadro:

Tabla 4: Los principios de la Declaración de París sobre la Eficacia de la Ayuda

1. Propiedad sobre las estrategias de desarrollo nacional: es necesario que sean los PVD quienes lideren las estrategias en aspectos como la planificación, ciclo presupuestario y evaluación del desempeño.
2. Alineación de la ayuda con las prioridades, sistemas y procedimientos de los países receptores, ayudando a incrementar sus capacidades.

²¹¹ “En la práctica, los hallazgos empíricos varían. Para Gupta et al. (2004), por ejemplo, las transferencias desplazan a la movilización de recursos internos, sobre todo, donde la corrupción es alta, mientras que el endeudamiento viene asociado a mayor movilización de recursos internos. Por otra parte, Moss, Peterson, y van de Walle (2006) no están de acuerdo en la posibilidad de generalizar, sino en estudiar caso por caso los vínculos entre la ayuda externa y la movilización de recursos internos en los países en desarrollo” (FMI, Fiscal Affairs Department: *Revenue mobilisation in developing countries* [en línea] Consulta 1-1-2016. Disponible en <https://www.imf.org/external/np/pp/eng/2011/030811.pdf> [consulta 5 Feb 2016] pg. 16) y OCDE: *Governance, Taxation and Accountability. Issues and Practices*. [en línea] 2 de abril de 2008. Disponible en línea en <http://www.oecd.org/dac/governance-peace/governance/docs/39440469.pdf> [consulta 5 Feb 2016] págs. 11-12

²¹² GONZÁLEZ DE FRUTOS, Ubaldo: Fiscalidad y Desarrollo: cómo los países en desarrollo necesitan de un sistema tributario moderno y eficaz, y qué pueden hacer los países desarrollados para apoyarlos. En *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación. Comentarios, casos prácticos*. ISSN 1138-9540. Núm. 232, 2010, pg. 60

²¹³ “No country should be dependent on others’ resources for its own development. Developed and developing countries must work together to boost domestic resource mobilization” En GLOBAL PARTNERSHIP FOR EFFECTIVE DEVELOPMENT CO-OPERATION: *First High-Level meeting*. 15 y 16 de abril de 2014. [en línea, disponible en <http://effectivecooperation.org/hlm2014/>, consulta 18 de marzo de 2016]

²¹⁴ OCDE: *Declaración de París sobre la Eficacia de la Ayuda al Desarrollo y Programa de Acción de Accra* [en línea]. 2008. Disponible en <http://www.oecd.org/dac/effectiveness/34580968.pdf> [Consulta 30 enero 2016]

3. Responsabilidad mutua de donantes y donatarios hacia sus ciudadanos y parlamentos en lo tocante a sus políticas y estrategias de desarrollo.
4. Eliminar la duplicación de esfuerzos y racionalizar las actividades de los donantes para alcanzar el máximo rendimiento posible.
5. Simplificar las políticas y procedimientos de los donantes para favorecer la colaboración y la alineación con las prioridades y procedimientos de los países receptores.
6. Definir los estándares de desempeño en materia de gestión de finanzas públicas, aprovisionamiento, salvaguardias fiduciarias y evaluación medioambiental, aplicándolos de manera rápida y extensa, de acuerdo con las buenas prácticas ampliamente aceptadas.

Estos principios significaron un cambio en la forma de trabajar de las organizaciones internacionales, sobre todo del FMI y Banco Mundial, así como de las agencias nacionales de ayuda al desarrollo en los países de la OCDE, pues si antes la ayuda se canalizaba en forma de proyectos, frecuentemente con una fuerte condicionalidad, a partir de la Declaración de París se produce un notable incremento del apoyo general a los presupuestos de los países en desarrollo, es decir, de ayuda desvinculada de proyectos concretos, con el único requisito de que fuera recibida de forma temporaria. Esta fórmula tenía su lógica en el contexto de un incremento de la ayuda oficial al desarrollo como el que se produjo entre los años 2002 y 2008, pero el escenario cambió con la crisis financiera de 2008 que limitó y redujo el importe de AOD disponible.

Por eso, en la reunión de Busán de 2011 se produjo el cambio definitivo en la toma de conciencia de cuán importante es la movilización de recursos nacionales. Las conclusiones de Busán reconocen que la ayuda es sólo una parte de la solución para el desarrollo y enfatizan la importancia de los recursos internos como fuente de financiación y modo de incrementar la responsabilidad de los gobernantes frente a sus ciudadanos.

3.4.- EL ROL DE LA DEUDA PÚBLICA EN LA FINANCIACIÓN DEL DESARROLLO.

En la Conferencia de Monterrey un asunto que generó gran preocupación fue la carga de la deuda pública acumulada por los países en desarrollo desde que alcanzaron su independencia en los años 50 y 60, una carga que no podrían afrontar sin ayuda exterior, lo que llevó primero a

Ubaldo González de Frutos

La fiscalidad internacional y la financiación para el desarrollo

tipificar el problema de los “Países de Alto Endeudamiento” y después a instrumentar una campaña a través de las ONGs que finalmente logró que el G-8 acordara la condonación de todos los créditos concedidos por el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional a los Países de Alto Endeudamiento, por un importe global de 300.000 millones de dólares.

Durante los años 90, muchos países pobres simplemente dejaron de pagar su deuda porque se encontraban prácticamente en quiebra. Las instituciones financieras internacionales decidieron actuar y en 1996 presentaron un programa que condonaba la deuda a condición de que los gobiernos destinasen cantidades equivalentes a programas de reducción de la pobreza. Como resultado, los países que llegaron al punto de cumplimiento vieron cómo su participación de ingresos sobre el PIB subió del 15.75% en 1992 al 20% en 2006. En total, 29 países obtuvieron 62.000 millones de dólares de reducción y los pagos por intereses de la deuda descendieron, pasando aproximadamente del 4% del PIB en 1999 al 2% en 2005, a la vez que aumentaban los presupuestos nacionales para luchar contra la pobreza en la misma proporción, del 7% al 9% del PIB. Además, existen numerosos ejemplos de reformas fiscales con éxito, tanto en los países desarrollados (Irlanda) como en las economías en transición (Estonia, Georgia, República Checa) o incluso en países en desarrollo (Ghana o Mali, que entre 2002 y 2008 multiplicó por dos los ingresos fiscales).

Este movimiento significó una importante ayuda para los países en desarrollo, entre otras cosas porque les ahorra treinta mil millones al año en intereses, pero el alivio de la deuda no sólo significó ahorro directo en intereses, sino también una mejora de su capacidad de endeudamiento, y de esta forma fueron capaces de emitir empréstitos y de acudir a los mercados de deuda privados.

3.5.- INGRESOS TRIBUTARIOS Y OTROS DE DERECHO PÚBLICO

En este concepto se incluyen los ingresos de tributos, directos e indirectos, y las rentas de la explotación de recursos naturales. Es el concepto que más ha crecido en la última década, pese a lo cual los países en desarrollo continúan teniendo dificultades para mantener una presión fiscal comparable a los países desarrollados. En una veintena de países de rentas más bajas la presión fiscal todavía no llega al 15 por 100 del PIB²¹⁵, y aunque en los países de rentas medias alcanza una media del 20%, en todo caso está muy lejos del 34% de media de los países desarrollados.

²¹⁵ FMI, Fiscal Affairs Department: *Revenue mobilisation in developing countries*. Disponible en <https://www.imf.org/external/np/pp/eng/2011/030811.pdf> [en línea, consulta 1-1-2016] Pg. 7

Ubaldo González de Frutos

La fiscalidad internacional y la financiación para el desarrollo

Una parte del problema reside en la estructura de los impuestos de los países en desarrollo, que se apoyan fundamentalmente en tributos indirectos, con un menor peso relativo de los directos, tanto sobre la renta de las personas físicas como de sociedades. En el pasado, los tributos sobre el comercio exterior venían siendo una fuente fundamental de recursos, dada la simplicidad de su exacción. Sin embargo, con el desarme arancelario posterior a las negociaciones del GATT, los países en desarrollo vieron fuertemente reducida su capacidad de generar recursos tributarios. Para sustituirlos, los países en desarrollo de rentas más bajas han recurrido a la introducción de impuestos generales sobre bienes y servicios, fundamentalmente el IVA. Esto significa que los impuestos directos sobre la renta siguen representando un porcentaje muy bajo en los países de rentas medias y bajas, incluso tan bajo como el 10 u 11%. La modificación de la estructura impositiva para lograr dotar de mayor peso a los tributos directos es la asignatura pendiente de los países en desarrollo.

3.6.- LA MOVILIZACIÓN DE LOS RECURSOS NACIONALES COMO FUENTE PRIMORDIAL DE FINANCIACIÓN PARA EL DESARROLLO.

Desde que en el año 2000 se definieran los ODM, la generación de recursos para financiar los programas de gasto público social y en infraestructuras que permitan aliviar la pobreza y salir del subdesarrollo ha constituido el mayor desafío para todos los agentes del proceso, donantes, organizaciones internacionales y, por encima de todos, para los propios países en desarrollo.

El principal problema de estos países es la escasa capacidad de sus administraciones fiscales para combatir la elusión fiscal, recopilar, analizar y explotar los datos que permitan reducir la economía sumergida y ampliar el sector de la economía formal, así como para mantener la legislación tributaria actualizada en referencia al marco internacional. A todo ello se suma el problema de la corrupción y la falta de transparencia en los programas de gasto, que debilitan la propensión a contribuir. Estos problemas hacen que la comunidad internacional haya puesto el foco en la movilización de recursos nacionales para el desarrollo como la principal palanca para financiar los servicios públicos en estos países²¹⁶.

²¹⁶ Véanse sobre todo dos documentos, el Informe de la III Conferencia de FpD (ONU: *Tercera Conferencia Internacional de Financiación para el Desarrollo. Agenda de Acción de Addis Abeba*. [en línea] 13-16 julio 2015. Naciones Unidas, A/CONF.227/L.1 Disponible en http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/CONF.227/L.1&referer=/english/&Lang=S [consulta 5 Feb 2016], párrafo 20 en página 8), y el informe de cumplimiento de los ODM (ONU:

Ubaldo González de Frutos

La fiscalidad internacional y la financiación para el desarrollo

El nacimiento del concepto de movilización de recursos nacionales está en el consenso de Monterrey de 2002, reiterado posteriormente en la Declaración de París sobre la Eficacia de la Ayuda al Desarrollo de 2005²¹⁷, y posteriormente en las reuniones de financiación para el desarrollo de Accra y Doha en 2008, en la de Busán de 2011 y en la de Addis Abeba de 2015. Alude al conjunto de fuentes financieras, públicas y privadas, que el Gobierno puede utilizar para atender a los gastos públicos. Es un concepto amplio que incluye ciertamente la recaudación fiscal, pero también las rentas del petróleo y de otros recursos naturales y, en general, cualesquiera otras fuentes financieras al alcance del Gobierno, incluso el endeudamiento. En su acepción más amplia incluye también la construcción de un sistema financiero sólido que permita el flujo de fondos financieros dentro del país, aunque frecuentemente el concepto se utiliza más en sentido estricto de recaudación fiscal y percepción de rentas por los recursos naturales, e incluso sólo en el sentido de exacción tributaria.

La movilización de recursos nacionales se concreta, por consiguiente, en mejorar la capacidad de la Hacienda Pública para gestionar eficazmente un sistema fiscal. En este sentido, existe por la parte de los donantes, es decir, de los países desarrollados, la convicción de que el presupuesto destinado a la generación de capacidad en los países de desarrollo es escaso. Hasta ahora, la parte de la ayuda oficial al desarrollo destinada a programas de generación de capacidad ha sido escasamente el 1% del total de la AOD²¹⁸, cantidad demasiado baja para poder mejorar un servicio primario como es la recaudación fiscal, motivo por el cual un grupo de países acordó en Addis Abeba la denominada Iniciativa Fiscal de Addis, un compromiso de duplicar los fondos de cooperación al desarrollo destinados a generar capacidad²¹⁹.

Objetivos de Desarrollo del Milenio. Informe de 2015.
http://www.un.org/es/millenniumgoals/pdf/2015/mdg-report-2015_spanish.pdf Pgs. 8-12)

²¹⁷ OCDE: *Declaración de París sobre la Eficacia de la Ayuda al Desarrollo y Programa de Acción de Accra* [en línea]. 2008. Disponible en <http://www.oecd.org/dac/effectiveness/34580968.pdf> [Consulta 30 enero 2016]

²¹⁸ SAVOY, Connor y PERKINS, Christina: *Taxes and Development. The promise of Domestic resource Mobilisation*. [en línea] Center for Strategic and International Studies. Diciembre de 2014. Disponible en http://csis.org/files/publication/141203_Savoy_TaxesDevelopment_Web.pdf [Consulta 5 de febrero de 2016]. Pg. V.

²¹⁹ El acuerdo se gestó en abril de 2014 en Méjico, en la Reunión de Alto Nivel de la Asociación Mundial para la Cooperación Efectiva al Desarrollo, y se materializó finalmente en la reunión de Addis Abeba en junio de 2015, donde 34 países firmaron un compromiso de duplicar la AOD destinada a generación de capacidades, como muy tarde en 2020. Véase BMZ: *The Addis Tax Initiative – Declaration* Julio de 2015 [en línea] Disponible en http://www.bmz.de/de/zentrale_downloadarchiv/Presse/Addis_Tax_Initiative_Declaration.pdf [consulta 19 marzo 2016]

Ubaldo González de Frutos

La fiscalidad internacional y la financiación para el desarrollo

A pesar de la unanimidad existente hoy en día sobre la importancia de la movilización de recursos nacionales para el desarrollo, en el año 2000, cuando se definen los Objetivos de Desarrollo del Milenio, el centro de atención estaba en la ayuda oficial al desarrollo (AOD), y la preocupación principal era conseguirla hasta el 0,7% del producto interior bruto de los países desarrollados, objetivo repetido incesantemente por las ONGs y los medios de comunicación.

En los quince años transcurridos entre la formulación de los ODM, dos fenómenos han contribuido a alterar la percepción sobre la importancia relativa de la AOD y la MRN como fuentes de financiación para el desarrollo. De una parte, los países en desarrollo han visto cómo mejoraba su capacidad para generar recursos nacionales²²⁰, lo cual ha incrementado la toma de conciencia y el optimismo sobre esta fuente de financiación, aunque parte de esta bonanza se deba al incremento del precio de las materias primas, poniendo de relieve un desequilibrio que hay que corregir a corto y medio plazo pues los precios de las materias primas en los mercados mundiales son volátiles, como desgraciadamente han podido comprobar a partir de 2014, y porque los yacimientos de recursos minerales o petrolíferos no son renovables. Por el lado de los donantes, los países desarrollados vieron restringida su capacidad de hacer aportaciones financieras a partir de la crisis de 2008, que generó graves problemas financieros en los presupuestos de los países desarrollados y puso de manifiesto la volatilidad de la AOD como fuente financiera²²¹.

Existe otra diferencia fundamental entre la ayuda oficial al desarrollo y la movilización de recursos nacionales, y es que la primera se obtiene por los gobiernos destinatarios sin ningún tipo de esfuerzo, lo cual conlleva una menor transparencia en el gasto y por tanto mayor riesgo de corrupción. La movilización de recursos nacionales, por el contrario, exige un esfuerzo contributivo de la población, lo cual hace más estrechos los lazos del contrato social y aumenta la vigilancia y control por parte de las instituciones democráticas. La fiscalidad no es, por

²²⁰ Por ejemplo, en los 54 países del África subsahariana, la recaudación por recursos internos pasó de 100.000 millones en el año 2000 a 530.000 en 2012. Esta proporción de 5 a 1 contrasta con el incremento en AOD, que pasó de 20.000 a 54.000 millones en el mismo período. Son datos del Banco Africano de Desarrollo recogidos por SAVOY, Connor y PERKINS, Christina: *Taxes and Development. The promise of Domestic resource Mobilisation*. [en línea] Center for Strategic and International Studies. Diciembre de 2014. Disponible en http://csis.org/files/publication/141203_Savoy_TaxesDevelopment_Web.pdf [Consulta 5 de febrero de 2016], Pg. V.

²²¹ En la actualidad, la AOD apenas alcanza el 10% de los flujos financieros salientes de Estados Unidos, estando el 90% restante constituido por IED, remesas, y donaciones de particulares. Véase Connor Savoy y Christina Perkins, 2014, *ibid*, pg. 1.

Ubaldo González de Frutos

La fiscalidad internacional y la financiación para el desarrollo

consiguiente, sólo un factor que contribuya a financiar el desarrollo del país, sino que además estrecha el tejido social, consiguiendo sistemas democráticos más transparentes y estables. La movilización de recursos nacionales viene así a reforzar el Estado moderno²²².

En abril de 2014, la Alianza Mundial para una Cooperación para el Desarrollo Eficaz, reunida en Ciudad de México, confirmó que la movilización de recursos nacionales es el método fundamental para financiar el desarrollo en el futuro, y se acordaron seis pasos para mejorar la movilización de recursos nacionales:

- 1: Formar una coalición para la mejora de las finanzas nacionales,
2. Asumir un compromiso por parte de los donantes para duplicar la cantidad de ayuda oficial al desarrollo destinada a proyectos de generación de capacidad²²³
3. Aprobar los principios de la OCDE para el apoyo a los países en desarrollo en materia fiscal
4. Reconocer que "Inspectores Fiscales sin Fronteras" es un ejemplo de métodos innovadores para combatir la elusión fiscal
5. Aprobar la herramienta de diagnóstico sobre administraciones fiscales TADAT, liderada por el FMI
6. Realizar análisis de riesgos para prevenir los flujos financieros ilícitos

Un aspecto importante de la movilización de recursos nacionales es que está dirigida por la demanda, es decir por los países en desarrollo²²⁴, pero debemos preguntarnos qué podemos entender por movilización de recursos nacionales en la práctica, y sobre todo si es capaz de llevar a cabo de manera efectiva el principio de equidad entre las naciones.

Para responder a esta pregunta, debemos dividir la materia en tres bloques: problemas que afectan a la tributación de rentas internas (PYMES, asalariados y tributos indirectos), problemas

²²² OCDE: *Declaración de París sobre la Eficacia de la Ayuda al Desarrollo y Programa de Acción de Accra* [en línea]. 2008. Disponible en <http://www.oecd.org/dac/effectiveness/34580968.pdf> [Consulta 30 enero 2016]

²²³ Como sabemos ya, este acuerdo se materializó después en la Agenda Fiscal de Addis, BMZ: *The Addis Tax Initiative – Declaration* Julio de 2015 [en línea] Disponible en http://www.bmz.de/de/zentrale_downloadarchiv/Presse/Addis_Tax_Initiative_Declaration.pdf [consulta 19 marzo 2016]

²²⁴ SAVOY, Connor y PERKINS, Christina: *Taxes and Development. The promise of Domestic resource Mobilisation*. [en línea] Center for Strategic and International Studies. Diciembre de 2014. Disponible en http://csis.org/files/publication/141203_Savoy_TaxesDevelopment_Web.pdf [Consulta 5 de febrero de 2016]. Pg. 11

Ubaldo González de Frutos

La fiscalidad internacional y la financiación para el desarrollo

que afectan a la fiscalidad internacional, y problemas estructurales de la administración fiscal de los países en desarrollo.

El panorama de la reforma fiscal en los PVD, así pues, debería comenzar con la tributación interna. El FMI propone empezar por combatir la economía sumergida, gravando a los que denomina “*hard to tax*” (Pymes, agricultores, profesionales y en ocasiones empresas públicas)²²⁵. La economía sumergida llega al 40% en los PVD, e incluso en algunos alcanza hasta el 60%, por lo que es un trabajo imprescindible. No obstante, esta medida hay que afrontarla con prudencia, porque la formalización tiene costes que no pueden recaer directamente en los sujetos pasivos. Una serie de medidas de carácter didáctico y social elevarían también la propensión a contribuir, con atención a una mejor gobernanza pública, transparencia en el gasto y lucha contra la corrupción de funcionarios públicos. También sería necesario incrementar el papel del sector financiero en la recaudación tributaria, no solo como agente que retiene pagos impositivos, sino también como fuente de información y de formalización de la economía sumergida. Un problema especial es el del diseño de políticas fiscales que solucionen la caída de ingresos de los tributos del comercio exterior por la liberalización comercial y por la competencia fiscal a la baja.

En el bloque de “mejores administraciones fiscales” se trata de implementar procesos que se han revelado exitosos en otras haciendas, como el control de los grandes contribuyentes, la segmentación, el análisis de riesgo o la utilización de la analítica en la gestión de datos. El FMI aprobó en 2014 la versión final de la herramienta de diagnóstico TADAT que los PVD pueden utilizar para detectar las áreas que requieren mejora.

En definitiva, queda un tercer bloque, el de la fiscalidad internacional o de la tributación de inversores internacionales y sobre todo de las MNEs, principal campo de aplicación del principio de equidad internacional, y más tras la aprobación por el G-20 de los resultados del Proyecto BEPS. La cuestión tiene mucho relieve porque el Impuesto de Sociedades es un instrumento en el que se apoyan los PVD mucho más que los desarrollados. Los tipos de gravamen han bajado de forma sostenida en todo el mundo desde 1980 por efecto de la competitividad internacional, pese a lo cual en los PVD es responsable del 17% de la

²²⁵ FMI, Fiscal Affairs Department: *Revenue mobilisation in developing countries* [en línea] Consulta 1-1-2016. Disponible en <https://www.imf.org/external/np/pp/eng/2011/030811.pdf> pg. 22

Ubaldo González de Frutos

La fiscalidad internacional y la financiación para el desarrollo

recaudación²²⁶, frente al 10% en los países de la OCDE. Por ello, la mejora de la fiscalidad internacional y del gravamen de las multinacionales mediante corrección de las prácticas de BEPS es una prioridad fundamental para los PVD y contribuirá al logro de una mayor equidad entre naciones.

3.7.- CONCLUSIONES

La Conferencia de Addis Abeba para la Financiación del Desarrollo de julio de 2015 certifica la crítica importancia de la movilización de recursos nacionales para cumplir los Objetivos de Desarrollo Sostenible aprobados en la Asamblea General en Nueva York en septiembre de 2015.

La noción de movilización de recursos nacionales no es en absoluto nueva, proviene de la Conferencia de Monterrey en 2002, y ha sufrido un proceso de decantación en la declaración de París de 2005, la de Doha en 2008 y la de Busán en 2011. A lo largo de este proceso la MRN se ha ido imponiendo como objetivo primordial de los PVD, y en esto también se nota la globalización: la división entre países ricos y pobres o norte y sur es menos significativa, y la *Global Partnership for Development*, reunida en Ciudad de México en 2014 terminó por acuñar el principio de independencia de la ayuda externa: todo país debería ser capaz de atender a las necesidades de desarrollo de su pueblo por medios propios, sin necesidad de recurrir a terceros.²²⁷

La crisis financiera de 2008 no ha sido en absoluto ajena a esta evolución: la volatilidad de la ayuda al desarrollo ha hecho más visible en los PVD la necesidad de disponer de haciendas funcionales y de sistemas fiscales que garanticen la suficiencia financiera y eleven la presión fiscal como mínimo por encima del 20 por 100 para poder pagar los gastos sociales y de infraestructura necesarios para el desarrollo.

En este capítulo hemos examinado el papel clave de la FpD en el nuevo orden económico internacional, especialmente en la consecución al menos parcial de los Objetivos de Desarrollo

²²⁶ FMI, Fiscal Affairs Department: *Revenue mobilisation in developing countries* [en línea] Consulta 1-1-2016. Disponible en <https://www.imf.org/external/np/pp/eng/2011/030811.pdf> pg. 33

²²⁷ “No country should be dependent on others’ resources for its own development. Developed and developing countries must work together to boost domestic resource mobilization”. En GLOBAL PARTNERSHIP FOR EFFECTIVE DEVELOPMENT CO-OPERATION: *First High-Level meeting*. 15 y 16 de abril de 2014. [en línea, disponible en <http://effectivecooperation.org/hlm2014/> consulta 18 de marzo de 2016]

Ubaldo González de Frutos

La fiscalidad internacional y la financiación para el desarrollo

del Milenio de Naciones Unidas (2000-2015) y en el camino para lograr los Objetivos de Desarrollo Sostenible a partir de septiembre de 2015. La FpD engloba un conjunto de fuentes financieras muy amplio, desde la deuda pública a la inversión privada, pasando por la ayuda oficial al desarrollo y sobre todo los ingresos tributarios. Aquí es donde encontramos un campo de aplicación evidente de la noción de la equidad entre naciones, pues la cooperación entre países desarrollados y en desarrollo para la mejora de las administraciones fiscales de los PVD es la única vía para implementar el principio de autonomía financiera definido en México en 2014 e incorporado a los ODS de Naciones Unidas en 2015. La MRN es la clave para suplir las carencias de otros recursos, sobre todo dada la volatilidad de la AOD, y así poder cortar la dependencia de los países donantes.

Hemos examinado una posible agenda de reforma para países en desarrollo, llegando a la conclusión de que hay tres grandes campos de actuación: la mejora de la capacidad de la administración, algo que examinaremos en el capítulo 11, la mejora en los tributos internos, directos e indirectos, y finalmente la fiscalidad internacional, que afecta especialmente a la recaudación por el Impuesto sobre Sociedades, que para los PVD tiene una importancia relativa superior. Los países en desarrollo necesitan revisar su fiscalidad internacional para poder allegar los fondos financieros necesarios para cumplir con los ODS y materializar así el principio de equidad internacional.

4.- Los países en desarrollo en la fiscalidad global

4.1.- INTRODUCCIÓN

En este capítulo abordamos el estudio de los elementos que conforman el marco global actual para la fiscalidad internacional, un marco surgido del desarrollo tecnológico, la liberalización económica y los acontecimientos políticos de la segunda mitad del siglo XX y principios del XXI, y que definen un ámbito de actuación global donde las empresas multinacionales compiten de manera intensa. Es importante ser consciente de esto porque los países en desarrollo no pueden aplicar políticas proteccionistas para sustraerse a la realidad económica del mundo globalizado, lo cual hace más difícil garantizar la equidad internacional.

Los elementos más importantes de este escenario son cuatro: la proliferación de las multinacionales como columna vertebral de la actividad productiva y el surgimiento de las cadenas mundiales de creación de valor como su modelo organizativo, factores ambos que complican extraordinariamente la consecución de la equidad. Como contrapeso, otros dos factores actúan en el sentido favorable. Nos referimos al buen gobierno societario, o simplemente *gobierno corporativo*, que es de aplicación universal, pues la multinacional como organización es única y no puede tener buen gobierno en un territorio y malo en otro distinto, y que además incorpora mandatos de observación especial para la protección de los países en desarrollo. Junto al buen gobierno societario, un elemento que asoma con pujanza es la transparencia, otro concepto que beneficia a países desarrollados y en desarrollo por igual y que además tiende a una implantación universal a través de las organizaciones internacionales que las promueven, especialmente del Foro Global de Transparencia e Intercambio de Información.

En conjunto, estos cuatro factores dibujan el entorno económico e institucional en que se encuadra la tributación internacional hoy en día. No es posible reflexionar sobre la equidad

Ubaldo González de Frutos

Los países en desarrollo en la fiscalidad global

del sistema sin tener en cuenta cómo actúan estos vectores, siendo por tanto éste el objetivo de este capítulo.

Con la inclusión en su título de la noción de “fiscalidad global” queremos enfatizar el hecho de que los países en desarrollo han de adaptarse a un sistema²²⁸ en el cual, a pesar de su soberanía, tienen escaso margen de maniobra. En efecto, del mismo modo que los países desarrollados están expuestos a los efectos de la planificación fiscal internacional agresiva, los países en desarrollo sufren las consecuencias negativas de las técnicas que la OCDE denominó BEPS, si bien las modalidades que afectan a unos y otros son distintas. En opinión de la OCDE²²⁹, las estructuras más sofisticadas, típicas de países desarrollados, serían menos frecuentes en los países en desarrollo, donde las carencias de su legislación anti-abuso y la escasa capacidad de sus administraciones abrirían las puertas a una planificación fiscal más simple pero igualmente eficaz. En consecuencia, la utilización de técnicas de BEPS constituye un grave problema para la equidad internacional entre contribuyentes, pues las empresas nacionales no tienen las mismas oportunidades de planificación que las MNEs. En consecuencia, acierta el Informe BEPS cuando pone a la equidad como motivación básica para el Proyecto²³⁰.

Existe un amplio consenso sobre la importancia y la gravedad de la elusión fiscal para los países en desarrollo, pero en cambio faltan estudios empíricos que ofrezcan cifras fiables. Aunque hay un importante corpus de investigación sobre la dimensión de BEPS, la mayoría de estos estudios están referidos a los países desarrollados²³¹. En cambio, son mucho más escasos los estudios sobre los países en desarrollo²³².

²²⁸ Sobre la propia existencia del sistema fiscal internacional, véase el epígrafe 2.1 del capítulo 2.

²²⁹ OCDE: *Part 1 of a report to G20 Development Working Group on the impact of BEPS in low income countries* [en línea], junio de 2014 <http://www.oecd.org/tax/tax-global/part-1-of-report-to-g20-dwg-on-the-impact-of-beps-in-low-income-countries.pdf> [consulta 25 de enero de 2016]

²³⁰ El Informe BEPS de 2013 comienza así: “La erosión de bases imponibles constituye un grave riesgo para los ingresos tributarios, la soberanía fiscal y la equidad tributaria, tanto de los Estados miembros de la OCDE como de los no miembros” (OCDE: *Lucha contra la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios*. Íbidem París, 2013, Pg. 7).

²³¹ La medición de los efectos de la planificación fiscal internacional ha sido objeto de numerosos estudios. El informe de la Acción 11 del plan de BEPS, que se dedica precisamente a este objeto, contiene una excelente recopilación de la literatura existente y además propone un conjunto de indicadores para realizar una medición más fiable de cara al futuro. Véase OCDE: *Measuring and monitoring BEPS. Action 11 Final report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015, 268 pgs. ISBN 978-92-64-24133.

²³² Los escasos estudios empíricos que versan sobre PVD han utilizado dos enfoques. Bajo el primero, han examinado el trasvase de rentas a través de los instrumentos utilizados en cada caso (deuda,

Ubaldo González de Frutos

Los países en desarrollo en la fiscalidad global

ONGs como Oxfam ofrecen estimaciones del volumen de los recursos detraídos de los países en desarrollo mediante la elusión fiscal²³³, pero estos estudios incurren en ciertas deficiencias metodológicas, como han puesto de manifiesto por Fuest y Riedel²³⁴, que impiden ofrecer una cifra válida de la magnitud de BEPS en los PVD. En cualquier caso, más importante que la cifra concreta es la certeza de los efectos que BEPS tiene sobre el desarrollo y de las políticas que los PVD deberían adoptar para solucionarlo necesitan estar coordinadas, toda vez que la globalización ha creado una realidad nueva donde los PVD actúan en un marco general y no de forma aislada.

Así es, la innovación tecnológica, el extraordinario desarrollo de la información y de las comunicaciones, la reducción de los costes unitarios de producción, el desarrollo de la logística y la reducción de los costes del transporte, han comportado una gran competitividad en el mundo empresarial y comercial, propiciando la división de funciones por países en lo que conocemos como cadenas mundiales de creación de valor. La actividad productiva se segmenta en distintas jurisdicciones buscando sinergias y ventajas competitivas, de naturaleza no necesariamente tributaria, pero con claras implicaciones para la fiscalidad internacional. La economía está hoy mucho más globalizada que cuando, a mediados de los 80, empezó a utilizarse este término en las ciencias sociales, y esta interdependencia dificulta enormemente las posibilidades de que los Estados apliquen coercitivamente sus normas tributarias de forma eficaz. En una economía donde una parte significativa de las transacciones tiene lugar entre partes vinculadas, resulta relativamente sencillo derivar las bases imponibles utilizando técnicas de planificación financiera, precios de transferencia, planificación basada en estructuras y activos híbridos, o simplemente aprovechando la competencia fiscal desde los países de alta tributación, ya sean desarrollados o en desarrollo, hacia jurisdicciones de escasa o nula

precios de transferencia, etcétera). Bajo el segundo enfoque, los estudios han acometido una comparación de la rentabilidad de las filiales de grupos multinacionales en diferentes países. Para ello, han puesto en relación la rentabilidad de las filiales tres grupos de países: países en desarrollo, países desarrollados y paraísos fiscales, observándose una menor rentabilidad para los últimos. Esta observación permite inferir que la escala de BEPS en los PVD es superior, aunque este razonamiento incurre en el problema de asumir que las diferencias de rentabilidad vienen inducidas por motivos fiscales y no, por ejemplo, a causa de una menor productividad.

²³³ Entre 100.000 y 160.000 millones de dólares en el Impuesto de Sociedades anualmente. OXFAM: *Tax evasion damaging poor countries*. [en línea] <https://www.oxfam.org/en/pressroom/pressreleases/2013-09-01/tax-evasion-damaging-poor-country-economies> [consulta 19 marzo 2016]

²³⁴ FUEST, Clemens y RIEDEL, Nadine: "Tax Evasion and Tax Avoidance in Developing Countries: The Role of International Profit Shifting" [en línea] En *Oxford University Centre for Business Taxation*. 2010, 46 pgs. Disponible en <https://www.sbs.ox.ac.uk/faculty-research/tax/publications/working-papers/tax-evasion-and-tax-avoidance-developing-countries-role-international-profit-shifting> [consulta 25 de enero de 2016]. Pg. 16

Ubaldo González de Frutos

Los países en desarrollo en la fiscalidad global

imposición en busca de la rentabilidad después de impuestos que les reclama el mercado bursátil.

En paralelo, y aproximadamente en el mismo período, los países en desarrollo han incrementado su posición competitiva gracias a los altos precios de las materias primas y al bajo coste unitario de la mano de obra, lo que ha determinado cambios radicales en las pautas del crecimiento económico. La inversión y el crecimiento mundial, a partir de las medidas liberalizadoras de India y China de principios de los 90, se han asociado desde entonces a países que gozan de menores costes unitarios, mientras que los países desarrollados se han visto abocados al fenómeno de la deslocalización. El crecimiento económico de las economías emergentes, con abundancia de materias primas y mano de obra barata y competitiva, una vez que Internet había democratizado el conocimiento, alteró el equilibrio mundial existente hasta entonces, basado en una bipolaridad política (Occidente/bloque del Este) y económica (países desarrollados en el norte/en desarrollo en el sur) a favor de una relación triangular más equilibrada (países desarrollados/países en desarrollo/economías emergentes) que se refleja en las nuevas estructuras de la gobernanza económica mundial que hemos examinado en el capítulo 3, con la emergencia del G-20 como líder político mundial y el fortalecimiento del bloque de los BRICS, que se refuerza con la creación de instituciones como el Banco de Desarrollo de los BRICS, nacido en agosto de 2014²³⁵.

Estos cambios han generado importantes movimientos en la distribución de la capacidad productiva mundial, de manera que la equidad en cuestiones tributarias con los PVD y las economías emergentes es cada vez más un asunto de interés global, intentando responder a la cuestión clave de la fiscalidad internacional actual, cómo aproximar las magnitudes de base imponible y creación de valor en cada territorio.

²³⁵ El Nuevo Banco de Desarrollo de los BRICS (NDB BRICS) es una institución multilateral de desarrollo integrada por los países denominados BRICS (Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica) que emergió en 2014 como alternativa al Banco Mundial y al FMI, con el objetivo de fomentar una mayor cooperación al desarrollo y financiero entre las economías emergentes. Tomadas en su conjunto, las cinco economías constituyen el 41,4% de la población mundial (más de 3.000 millones de personas), más del 25% de la superficie terrestre del planeta y más del 25% del PIB mundial. Su sede está en Shanghái, China. A diferencia del Banco Mundial, que asigna votos en función de cuotas, en el NDB BRICS cada país tiene un voto y ninguno de ellos tiene poder de veto. (NEW DEVELOPMENT BANK BRICS. *About*. [en línea] <http://ndbbrics.org/> [consulta 19 marzo 2016])

Ubaldo González de Frutos

Los países en desarrollo en la fiscalidad global

El paradigma vigente hasta ahora en la fiscalidad internacional, que se remonta a los trabajos de la Sociedad de las Naciones de los años 1920-1930²³⁶, ha pervivido prácticamente intacto a pesar de acontecimientos que podrían haber alumbrado un nuevo esquema, como la Segunda Guerra Mundial, la aparición de las Naciones Unidas o la descolonización, por el lado político, y el desarrollo científico y tecnológico por el lado económico, pero la larga estabilidad del régimen fiscal internacional nacido en los Años 1920 ejemplifica perfectamente las dificultades de la concertación internacional para cambiar el sistema²³⁷. En este contexto, la aparición del Proyecto BEPS fue rupturista pues demostró la posibilidad de lograr acuerdos políticos entre actores tan importantes como la OCDE y del G-20²³⁸, con la incorporación posterior de los países en desarrollo al Marco Inclusivo para la Implementación de BEPS²³⁹.

El Proyecto BEPS supuso un cambio fundamental en los aspectos técnicos de la fiscalidad internacional, con reformas de largo alcance en la mayoría de sus elementos estructurales (prevención del abuso de tratados fiscales, reformas en precios de transferencia, financiación mediante deuda en lugar de capital, estructuras híbridas, competencia fiscal lesiva, etc.) pero también un importantísimo cambio en el plano político, demostrando la posibilidad de una acción concertada y realizada en un corto espacio de tiempo.

No obstante, también muchos críticos²⁴⁰ han hecho notar importantes carencias. En primer lugar en el plano político de la concertación internacional, se ha argüido la falta de representatividad política de los 42 países que acordaron las reformas²⁴¹ a la hora de decidir los estándares mundiales para los 193 países del mundo (según la lista de Naciones Unidas). Esta crítica es

²³⁶ Una excelente descripción histórica de carácter crítico se encuentra en GRAETZ, Micahel J.: “The “Original Intent” of US International Taxation”. En *Faculty Scholarship Services* [en línea] Vol. 46, 1997, pgs. 1021 a 1109. Disponible en <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=dlj> [Consulta: 15 enero 2016]

²³⁷ Más sobre este tema en el capítulo de bilateralismo y multilateralismo.

²³⁸ En cambio, desde un punto de vista económico, la representatividad era innegable ya que este bloque de 42 países representa más del 90 por 100 del PIB mundial.

²³⁹ Propuesto por el G-20 en la reunión de los Ministros de Finanzas y Gobernadores de Bancos Centrales en Shanghái el 27 y 28 de febrero de 2016 y puesto en marcha efectivamente en Kioto, Japón, el 30 de junio de 2016. A 24 de noviembre de 2016 el número de miembros del Foro Inclusivo alcanzaba ya a 90.

²⁴⁰ Por ejemplo, BEPS MONITORING GROUP, The. *Overall Evaluation of the G20/OECD Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Project*. [en línea] 7 de octubre de 2015. Disponible en <https://bepsmonitoringgroup.files.wordpress.com/2015/10/general-evaluation.pdf>. [Consulta 6 de marzo de 2016]

²⁴¹ Los 34 miembros de la OCDE más los 8 miembros del G-20 que no son simultáneamente miembros de la OCDE: Arabia Saudí, Argentina, Brasil, China, India, Indonesia, Rusia y Sudáfrica.

Ubaldo González de Frutos

Los países en desarrollo en la fiscalidad global

importante desde el punto de vista de esta tesis, es decir, el de la equidad internacional, pues surge la duda de si los intereses de la mayoría de países (aunque minoría económica) quedaron adecuadamente representados en la reforma de los estándares. La OCDE fue pronto consciente de esta carencia e intentó poner remedio en noviembre de 2014 mediante la estrategia para implicar a países en desarrollo en el Proyecto BEPS²⁴². Hoy, con 91 países como miembros de pleno derecho del Marco Inclusivo para la Implementación de BEPS y con el Convenio Multilateral de BEPS abierto a la firma de cualquier país interesado, el argumento de la exclusividad se debilita, a la vez que confirma nuestra hipótesis de que la concertación multilateral es el camino para los años venideros.

En segundo lugar, el Proyecto BEPS se auto-impuso dos limitaciones que condicionaban las posibilidades de que el proyecto fuese verdaderamente revolucionario desde el punto de vista de la equidad internacional. En primer lugar, la reforma había de respetar el acuerdo existente para la distribución de la potestad jurisdiccional, es decir, la fundamental cuestión de residencia/fuente quedaba más allá de los límites del Proyecto²⁴³, por lo que la reforma puede tildarse de conservadora. Por si quedase alguna duda, en el desarrollo de un instrumento Multilateral para Implementar BEPS quedó claro desde el propio mandato que el instrumento habría de circunscribirse exclusivamente a las medidas para implementar las acciones de BEPS, excluyendo también *ab initio* cualquier discusión sobre residencia y fuente en el seno del Grupo Ad Hoc que desarrolló el Instrumento Multilateral²⁴⁴.

²⁴² OCDE: *El proyecto BEPS y los países en desarrollo: de las consultas a la participación*. [en línea, disponible en <http://www.oecd.org/ctp/estrategia-fortalecimiento-paises-en-desarrollo.pdf> Consulta 20 marzo 2015]

²⁴³ El Plan de Acción expresamente renuncia a entrar en el debate de residencia y fuente para discutir los problemas de distribución de la potestad jurisdiccional. Dice el Plan de Acción: “*En el cambiante entorno de la imposición internacional, una serie de países han expresado su preocupación por el modo en que los estándares internacionales en que se basan los tratados bilaterales distribuyen las potestades impositivas entre los países de la fuente y de residencia. Este Plan de acción se centra en solucionar la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios. Aunque las acciones para combatir la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios restaurarán la imposición tanto en la fuente como en la residencia en una serie de casos en que, de otro modo, los ingresos transfronterizos quedarían sin gravar o lo estarían con muy baja imposición, estas acciones no están directamente dirigidas a cambiar los estándares internacionales actuales sobre la distribución de las potestades impositivas respecto de los ingresos transfronterizos*”. OCDE, Plan de Acción, 2013, íbidem, página 13 (el subrayado es nuestro).

²⁴⁴ “*At the meeting of the CFA Bureau Plus in September 2014, the delegates had an initial discussion of the elements of a draft mandate, as well as key issues regarding procedure and scope, based on a presentation by the Secretariat. Delegates expressed the view that the scope of the multilateral instrument should be limited to the implementation of tax treaty-related BEPS measures. It was agreed that the Secretariat would develop proposals for scope and process, along with pros and cons,*

Ubaldo González de Frutos

Los países en desarrollo en la fiscalidad global

Del mismo modo, el Plan de Acción eludió también el debate sobre la vigencia de los precios de transferencia como instrumento estructural fundamental para el reparto de las bases imponibles entre los Estados donde opere una multinacional²⁴⁵, cercenando también un debate que los intelectuales y los grupos de presión quieren mantener vivo, y que tal vez tenga un largo recorrido en los años venideros si el Consejo aprueba la Directiva propuesta por la Comisión Europea para introducir la Base Imponible Común en el Impuesto de Sociedades²⁴⁶. Con todo, y para ser equitativos en las críticas, también hay que reconocer que no le falta razón al Plan de Acción de BEPS cuando reclama el reconocimiento por su contribución a la equidad²⁴⁷, pues al proteger las bases imponibles tanto en los países desarrollados como en los países en desarrollo, ha supuesto un gran avance en la consecución de la equidad internacional.

Pese a los cambios materializados ya por el Plan de Acción de BEPS, queda mucho por hacer. Entre las cuestiones sin resolver está la de los paraísos fiscales, drenaje del sistema de la economía formal al que recurren algunas multinacionales y grandes fortunas para eludir el pago de tributos²⁴⁸. Las facilidades de las MNEs para eludir el cumplimiento, así como la cesión

for discussion and guidance at the next meeting of the Bureau Plus". OCDE: *Action 15, A Mandate for the Development of a Multilateral Instrument on Tax Treaty Measures to Tackle BEPS. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, [en línea] Disponible en <https://www.oecd.org/ctp/beps-action-15-mandate-for-development-of-multilateral-instrument.pdf> [consulta 20 marzo 2016], páginas 3 y 4. (el subrayado es nuestro).

²⁴⁵ En efecto, también el Plan de Acción excluye el debate sobre la imposición unitaria como alternativa a los precios de transferencia. Se manifiesta así: "En ocasiones se proponen sistemas alternativos para la distribución de los ingresos, incluyendo los sistemas basados en fórmulas. Sin embargo, la importancia de una acción concertada y las dificultades prácticas para lograr un acuerdo sobre el nuevo sistema y para una implementación consistente en todos los países se traducen en que, más que intentar sustituir el sistema actual de precios de transferencia, la mejor opción es abordar directamente los defectos en el sistema actual, en particular respecto a los retornos relacionados con activos intangibles, riesgo y sobre-capitalización. Sin embargo, algunas medidas especiales, ya sea dentro o fuera de principio de plena concurrencia, pueden resultar necesarias en lo que respecta a activos intangibles, riesgo y exceso de capitalización para hacer frente a estas deficiencias". OCDE, Plan de Acción, *ibidem*, página 23. (el subrayado es nuestro).

²⁴⁶ UE: *Propuesta de Directiva del Consejo Relativa a una Base Imponible Común del Impuesto sobre Sociedades*. 25 de octubre de 2016. COM (2016) 685 Final.

²⁴⁷ Dice el Plan de Acción: "... Estos fenómenos han creado oportunidades para que las multinacionales minimicen enormemente su carga tributaria. Esto ha motivado una situación tensa en la que los ciudadanos se han sensibilizado cada vez más sobre las cuestiones de equidad tributaria, y finalmente se ha convertido en una cuestión crítica para todas las partes". En OCDE: *Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, [en línea]. París, OECD Publishing, 2014. 49 pgs. ISBN 978-92-64-20780-6. Disponible en <http://dx.doi.org/10.1787/9789264207813-es> [consulta 25.1.2016], página 8. El subrayado es nuestro.

²⁴⁸ La propia existencia de los paraísos fiscales y la tolerancia de la comunidad internacional hacia el fenómeno tiene raíces históricas y políticas, surgidos como vestigios coloniales, principalmente del Reino Unido y de los Países Bajos, y que han encontrado en la liberal tradición jurídica del *common law* la posibilidad de atraer flujos financieros que suplan a la financiación antaño proveniente de la metrópoli, que en la era post-colonial ya no puede allegarlos con la misma amplitud. Probablemente

Ubaldo González de Frutos

Los países en desarrollo en la fiscalidad global

directa de las bases tributarias mediante incentivos fiscales en un escenario de competencia mundial, condicionan las posibilidades que tienen los países en desarrollo de financiar sus políticas sociales, de infraestructura y en general de alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

Sin negar la importancia de estos fenómenos, queremos centrarnos ahora en los elementos clave para enmarcar el análisis de la realidad actual y perspectivas de futuro para la fiscalidad internacional en los países en desarrollo, empezando por la importancia económica de las multinacionales y de las cadenas mundiales de creación de valor, que han dificultado más aún la movilización de recursos internos. Por el lado opuesto, vamos a destacar dos tendencias que van a facilitar esa movilización: el incremento de la transparencia a todos los niveles y el avance del buen gobierno corporativo.

4.2.- LA IMPORTANCIA DE LAS MULTINACIONALES

Desde la fundación en 1602 de la que se considera la primera multinacional de la historia, la Compañía Holandesa de las Indias Orientales²⁴⁹, las MNEs han sido el motor de la internacionalización de la actividad y del desarrollo económico a través del comercio y la inversión transfronteriza. Aunque en su imagen pública se perciben frecuentemente tonos negativos, las multinacionales no son necesariamente malignas, y mucho menos si tienen la gobernanza adecuada. Como recuerdan las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales de la OCDE, a través del comercio y la inversión las multinacionales han fortalecido y desarrollado los lazos que unen a los países y a las regiones del mundo, generan beneficios económicos mediante la oferta de productos a precios competitivos, crean empleo y facilitan la transferencia de tecnología, el uso eficiente del capital, de la tecnología y de los recursos humanos y naturales²⁵⁰.

estos antecedentes expliquen que el orden económico vigente tolere la existencia de los paraísos fiscales, a pesar de sus efectos sobre las bases agregadas mundiales, que paradójicamente afectan también a sus metrópolis.

²⁴⁹ A la que seguiría la Compañía Holandesa de las Indias Occidentales en 1621

²⁵⁰ OCDE: *Líneas Directrices para Empresas Multinacionales*, Revisión 2011, página 16 [en línea]. Disponible en <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPAÑOL.pdf> [consulta 25.1.2016], edición en español de 2013. No confundir con las *Directrices de la OCDE Aplicables en Materia de Precios de Transferencia a Empresas Multinacionales y Administraciones Tributarias*. Las primeras ofrecen orientaciones generales sobre la actuación de las MNEs en ámbitos diversos de su actividad, mientras las segundas se centran en la aplicación del principio de libre competencia.

Ubaldo González de Frutos

Los países en desarrollo en la fiscalidad global

En nuestros días, la importancia de las MNEs se ha acrecentado más si cabe. La aceleración del proceso de globalización ha traído un cambio estructural en el modelo productivo. El sector servicios es ahora el principal motor de la economía y del empleo en detrimento de la industria, y el conocimiento es el principal elemento de creación de valor y competitividad internacional, en una economía digital en expansión continua que ha superado todas las previsiones, y estas circunstancias han favorecido el rápido desarrollo de nuevas multinacionales. Al mismo tiempo, se ha producido también la internacionalización de las pequeñas y medianas empresas, que van adquiriendo un rol creciente en el ámbito internacional. Las multinacionales, por otra parte, han evolucionado en sus formas de organización y en los sectores económicos que abarcan. Esta expansión surte importantes efectos en los países en desarrollo, donde la inversión extranjera directa ha registrado un rápido crecimiento y diversificación, pasando de centrarse en la producción primaria y en las industrias extractivas a cubrir un abanico más amplio que incluye fabricación, ensamblaje, comercio y distribución y servicios²⁵¹. El proceso ha comportado un mayor interés por el conjunto de cuestiones de política pública que disciplinan la actuación de este tipo de empresas.

Las multinacionales, establecidas tanto en economías en desarrollo como en países emergentes e industrializados, son un elemento insustituible hoy día en la economía mundial y su participación en el comercio y la inversión global es fundamental. Su importancia económica es insoslayable: las 200 de mayor tamaño totalizan una cifra de ventas equivalente a prácticamente el 30 por ciento del PIB mundial. Según la OIT²⁵², aproximadamente el 80 por ciento de las actividades comerciales mundiales se producen entre grupos multinacionales. En número de grupos multinacionales, las cifras son también reveladoras: en todo el mundo existen actualmente 65.000 matrices que controlan unas 850.000 filiales extranjeras²⁵³.

Para los países en desarrollo las MNEs son un instrumento insustituible porque suplen la escasez en el país de fondos financieros para la inversión y la débil iniciativa empresarial, crean puestos de trabajo y posibilitan la expansión del conocimiento.

²⁵¹ OCDE, Plan de Acción de BEPS, 2013, *ibidem*, pg. 15

²⁵² OIT : *Involucrar a las empresas multinacionales en la creación de más y mejores empleos* [en línea] 2013. Disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---multi/documents/publication/wcms_185357.pdf [consulta 16 febrero 2016]

²⁵³ UNCTAD: *Training Manual on Statistics for FDI and the Operations of TNCs*. [en línea]. Nueva York y Ginebra, 2009 Disponible en http://unctad.org/es/Docs/diaeia20092_en.pdf [consulta 25.1.2016]

4.3.- LAS CADENAS MUNDIALES DE CREACIÓN DE VALOR

Las cadenas mundiales de creación de valor (CMCV), el segundo gran elemento que consideramos clave a la hora de entender el marco donde la fiscalidad internacional tiene que aplicar el principio de equidad, son sistemas de producción organizados a escala mundial que asignan la realización de actividades económicas diversas (extractivas, manufactureras, comerciales, de gestión, distribución, investigación y desarrollo, atención post venta, etc.) a territorios específicos, cada uno especializado por una función, de forma que la cadena de creación de valor se segmenta entre jurisdicciones y deviene global en su conjunto. Las CMCV sirven a las multinacionales para mejorar la eficiencia productiva aprovechando las ventajas comparativas, las economías de escala, su posición dominante o simplemente las sinergias inherentes a la mera pertenencia a un grupo multinacional. Para ello, integran verticalmente todo el proceso productivo, repartiendo las etapas de producción entre diversos países, frecuentemente a través de una combinación de proveedores vinculados e independientes. A medida que la MNE consigue una mayor integración de los procesos productivos a escala mundial, más fácil le resulta elegir la localización óptima de sus actividades productivas y de sus activos, aun cuando se hallen distantes de los clientes o de los territorios donde radiquen otras fases del proceso productivo, porque los rápidos avances de las tecnologías de la información y la comunicación y la logística han ayudado a que determinados servicios horizontales como el procesamiento de la información, la investigación y el desarrollo o el asesoramiento puedan prestarse a distancia, bien sea por entidades del grupo, bien por proveedores externos. Consiguen con ello incrementar la eficiencia, hasta el extremo de haber alterado el paradigma de la empresa multinacional.

Antes de la globalización, la multinacional invertía mediante una filial que básicamente reproducía la matriz a escala con todas las funciones propias de la empresa matriz (producción, distribución, promoción comercial, servicios internos, postventa, etc.). Esto tenía lógica en el marco de las limitaciones impuestas por unas comunicaciones lentas y costosas, en economías semicerradas, con las trabas arancelarias, marcos regulatorios estrictos y control de cambios, y por una logística que no permitía la producción y distribución a larga distancia. En cambio, la empresa actual, apoyándose en el progreso tecnológico e informático y en la economía de la

Ubaldo González de Frutos

Los países en desarrollo en la fiscalidad global

innovación y los servicios, ha difuminado las barreras fronterizas, permitiendo a los grupos multinacionales operar mucho más como empresas de alcance mundial²⁵⁴.

En consecuencia, los agentes económicos relevantes son ahora empresas con modelos de negocio globales, centralizando las funciones a nivel regional o mundial. En este modelo nuevo, las filiales se organizan por funciones con una dimensión transnacional, lo que hace mucho más importante, y a la vez mucho más difícil, determinar qué parte de valor se añade en cada territorio. Los precios de las operaciones intragrupo y otras técnicas de trasvase de beneficios se utilizan con frecuencia para minimizar las cargas tributarias, trasladando los beneficios a filiales en jurisdicciones de baja tributación, causa de la mala reputación de las CMCV. Sin embargo, hay que hacer notar que no existe una relación de causalidad entre CMCV y erosión de bases, siendo perfectamente posible lograr una mejor alineación entre la creación de valor y las bases imponibles, una formulación compleja elaborada por el Plan de Acción de BEPS²⁵⁵ para que se cumpla la equidad internacional y que cada territorio proteja adecuadamente sus bases imponibles. Un instrumento clave para lograr esta alineación, como veremos más adelante, es el Informe País por País, una herramienta a disposición de las administraciones fiscales para determinar el riesgo en materias de precios de transferencia.

Las CMCV, por añadidura, aportan ventajas específicas a los países en desarrollo, pues en este modelo no es necesario desarrollar unidades productivas completas en los países individualmente considerados. Esto permite a la multinacional diversificar su producción y distribución, a la vez que abre el camino a que los países en desarrollo participen en la cadena de creación de valor a escala mundial sin necesidad de esperar a desarrollar competencias que abarquen a toda la cadena productiva.

4.4.- LA IMPORTANCIA DEL GOBIERNO CORPORATIVO

El amplio espectro de actividad de las multinacionales y su importancia económica son, como hemos visto, fuente de amplios efectos económicos y sociales que muchas veces deterioran la aplicación práctica del principio de equidad internacional. Como contrapeso a estos problemas ha emergido la doctrina de la responsabilidad social corporativa (RSC). Las actividades de las

²⁵⁴ OCDE: *Lucha contra la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios*. París, OECD Publishing, 2013. 103 pgs. DOI: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264201224-es> pgs. 31-34.

²⁵⁵ OCDE. *Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, [en línea]. París, OECD Publishing, 2014. 49 pgs. ISBN 978-92-64-20780-6. Disponible en <http://dx.doi.org/10.1787/9789264207813-es> [consulta 25.1.2016]

Ubaldo González de Frutos

Los países en desarrollo en la fiscalidad global

MNEs pueden afectar a asuntos sociales (relaciones laborales, creación de empleo, transmisión de conocimiento), medioambientales (contaminación de las aguas, emisiones de gases de efecto invernadero, vertidos incontrolados o accidentales), macroeconómicos (efectos sobre la estabilidad y el desarrollo, seguridad energética y alimentaria), sobre el estado de derecho (delincuencia económica, corrupción, cohecho internacional) o sobre las finanzas públicas (elusión fiscal, incentivos fiscales, etc.). Por ello, la relación entre los gobiernos y las multinacionales ha sido siempre dialéctica. De entrada, en ocasiones ha existido un cierto recelo porque su expansión, a la vez que genera una riqueza de la que participa el Estado, supone sin embargo una cierta intromisión en su ámbito de actuación, sobre todo cuando generan externalidades negativas porque parte de los costes de su actuación no son soportados por la mismas, planteando problemas de política social, medioambiental o macroeconómica. Por eso, en paralelo a la expansión de las multinacionales, los gobiernos fueron desde el principio articulando medidas paliativas.

La primera generación de dichas medidas se limitó a disposiciones de policía general, imponiendo obligaciones de carácter social y económico para que las MNEs adoptaran determinadas conductas o se abstuvieran de otras. La segunda generación, más ambiciosa, consiste en la elaboración de códigos de conducta para la autorregulación, y aquí es donde nace la RSC. Los primeros trabajos intergubernamentales sobre los efectos en las políticas públicas de las actividades del comercio y la inversión internacional se desarrollaron a principios del siglo XX, fundamentalmente en el seno de la Organización Internacional del Trabajo y, sin embargo, la adopción por Naciones Unidas de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948 es el hito que marca el comienzo de todo un proceso de creación de *soft law* destinado a regular la responsabilidad empresarial. La preocupación por los efectos sobre las políticas públicas de las actividades de las multinacionales creció en las décadas de 1960 y 1970 con el despegue del comercio y la inversión posterior a la II Guerra Mundial. En la década de 1970 se intensificaron los esfuerzos para crear instrumentos internacionales que disciplinaran la conducta de las multinacionales y fijar las condiciones que idealmente hubieran de regir sus relaciones con los países anfitriones, sobre todo cuando se trata de países en desarrollo.

Ubaldo González de Frutos

Los países en desarrollo en la fiscalidad global

En 1976, la OCDE hizo pública la «Declaración de la OCDE sobre inversión internacional y empresas multinacionales», que incluye las Directrices para Empresas Multinacionales²⁵⁶. Las Directrices contienen recomendaciones tendentes a asegurar una conducta responsable por parte de las multinacionales, aunque se trata de normas éticas que podrían también perfectamente orientar las actividades de la empresa nacional. Contienen principios y normas no vinculantes para una conducta empresarial responsable dentro del contexto global, de conformidad con las leyes aplicables en cada territorio y con las normas internacionales. Las Directrices constituyen hoy por hoy el único código de conducta empresarial acordado multilateralmente, y tienen como objetivo fomentar su contribución al progreso económico, medioambiental y social en todo el mundo. Su última revisión, de cierta entidad como respuesta a los desafíos de la globalización, fue publicada en 2011, y su amplio elenco de normas demuestra que la actividad de las multinacionales abarca campos tan diversos como la transparencia en la revelación de información, los derechos humanos, el empleo y las relaciones laborales, el medioambiente, la lucha contra la corrupción, el soborno y la extorsión, la protección de los intereses de los consumidores, ciencia y tecnología, competencia, gobierno corporativo y tributación.

La actualización de las Directrices en 2011 subraya los efectos de la actividad de las multinacionales más allá de lo estrictamente económico. Así, se incluyó un nuevo capítulo sobre derechos humanos, alineado con los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de Naciones Unidas. También se amplió el tratamiento de las cadenas mundiales de creación de valor y se hicieron cambios sustanciales en numerosos capítulos especializados, como empleo y relaciones laborales, lucha contra la corrupción, protección del medio ambiente, derechos de consumidores, transparencia y divulgación de información y, finalmente, autodisciplina en el cumplimiento tributario.

En conjunto, las Directrices permiten a las empresas alinear su actividad con la consecución del beneficio social, más allá de los estrictos intereses económicos, fomentando prácticas empresariales responsables. Los países suscriptores²⁵⁷ adquieren el compromiso vinculante de ponerlas en práctica, lo que se lleva a cabo mediante actividades de promoción en asociaciones empresariales, mediante una red de puntos nacionales de contacto para favorecer su

²⁵⁶ OCDE: *Líneas Directrices para Empresas Multinacionales*, Revisión 2011. [en línea] edición en español de 2013. Disponible en <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf> [consulta 25.1.2016]

²⁵⁷ En la actualidad, los países miembros de la OCDE más Argentina, Brasil, Colombia, Egipto, Letonia, Lituania, Marruecos, Perú, Rumanía y Túnez.

Ubaldo González de Frutos

Los países en desarrollo en la fiscalidad global

implementación y para denunciar instancias de violación y, a decisión del país, en la elaboración de normativa específica coherente con las Directrices. Las Directrices son además coherentes con otros estándares internacionales que también promueven la actividad empresarial responsable y sostenible, como la Declaración Tripartita de la OIT²⁵⁸ o el Pacto Mundial de las Naciones Unidas,²⁵⁹ lanzado en el año 2000, y los Principios Rectores de Derechos Humanos y Empresa de las Naciones Unidas²⁶⁰, aprobados en 2011. Además, las Directrices cumplen la función de apoyar y servir de referencia a las instituciones de la sociedad civil como Intermon Oxfam en su papel de vigilantes de que se cumpla la responsabilidad empresarial²⁶¹.

Las legislaciones nacionales frecuentemente contienen, por añadidura, numerosos preceptos destinados a disciplinar la actividad de las multinacionales extranjeras que operan en sus países, así como de las empresas nacionales que tienen filiales u operaciones en otras partes del mundo. En el ámbito europeo, la Comisión estableció la responsabilidad social corporativa como una estrategia clave para el crecimiento europeo. Su *Estrategia Renovada sobre la RSC*²⁶² define la RSC por el impacto que produce en la sociedad, y establece el respeto a la legislación aplicable y a los convenios colectivos con los agentes sociales como el requisito previo al cumplimiento de dicha responsabilidad. Propugna la Comisión que las empresas apliquen en su estrategia básica y en sus operaciones empresariales, en estrecha colaboración con sus partes interesadas, un proceso destinado a integrar las preocupaciones sociales, medioambientales y éticas, el

²⁵⁸ Las multinacionales también producen importantes efectos sobre el trabajo y la política social, y también en los 70 la Organización Internacional del Trabajo dictó orientaciones internacionales en la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social, llamada tripartita porque implica a los tres agentes clave -el Estado, la empresa y los trabajadores- en la formulación y aplicación de la política social.

²⁵⁹ El Pacto Mundial de las Naciones Unidas es una iniciativa de adhesión voluntaria por parte de las empresas, que se comprometen a alinear sus estrategias y operaciones empresariales con diez principios universalmente aceptados en cuatro áreas temáticas: derechos humanos, estándares laborales, medio ambiente y lucha contra la corrupción. Actualmente, el Pacto cuenta con más de 12.000 participantes distribuidos en más de 145 países, siendo la iniciativa de cooperación empresarial para la consecución de fines políticos más importante del mundo; y conforma un marco de acción encaminado a lograr la legitimación social de las multinacionales y de los mercados. Las empresas que se adhieren al Pacto Mundial parten de la base de que las prácticas empresariales deben apoyarse en principios éticos universales para así construir un mercado global más justo, estable, e inclusivo, contribuyendo a lograr una mayor prosperidad y desarrollo social.

²⁶⁰ Por su parte, los "Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos" conforman un marco de principio dogmáticos elaborado para preservar la garantía de los derechos humanos en el contexto de las empresas multinacionales. Fueron aprobados por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas en 2011.

²⁶¹ Véase <http://www.oxfamintermon.org/es/category/etiquetas/institucional/responsabilidad-social-corporativa>

²⁶² UE: *La responsabilidad social de las empresas* en la UE [en línea]. 25 octubre 201. Disponible en <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=331&langId=es>, [Consulta 25 de noviembre de 2016].

Ubaldo González de Frutos

Los países en desarrollo en la fiscalidad global

respeto de los derechos humanos y las preocupaciones de los consumidores, a fin de maximizar la creación de valor compartido para sus accionistas y para los demás interesados, así como para la sociedad en sentido amplio e identificar, prevenir y atenuar sus posibles consecuencias adversas.

La Comisión reconoce así la naturaleza pluridimensional²⁶³, de la RSC e identifica una serie de aspectos clave, ya sean de carácter social (como la formación, la diversidad, la igualdad de género y la salud y el bienestar de los trabajadores. desarrollo y la integración de las personas con discapacidad), medioambiental (como la biodiversidad, el cambio climático, el uso eficiente de los recursos, la evaluación del ciclo de vida y la prevención de la contaminación), la lucha contra el fraude y la corrupción, la participación de las comunidades locales o la defensa de los intereses de los consumidores, incluida la intimidad. Habla además la Comisión de buena gobernanza fiscal, que identifica con los principios de transparencia, intercambio de información y competencia leal en materia fiscal, invitando a las empresas a que trabajen por la implementación de estos principios.

En suma, existe una amplia preocupación por el funcionamiento ético de las multinacionales, que aumenta cuanto mayor es el potencial de la empresa, y esa preocupación se siente también en los propios órganos directivos de las MNEs, porque lo que está en juego no son solo las externalidades generadas sino la misma sostenibilidad a largo plazo de la empresa, del modelo económico de desarrollo del territorio donde operan e incluso en algunos casos la estabilidad macroeconómica. Por eso, va en aumento el número de MNEs que adoptan iniciativas de prácticas responsables, por su propia cuenta o asociándose a iniciativas sectoriales promovidas por agentes sociales. Esta toma de conciencia de los efectos sociales de las MNEs ha de incrementar el compromiso con los territorios donde se hallan asentadas, y por consiguiente mejorar el cumplimiento fiscal en los PVD.

²⁶³ La Comisión cita los derechos humanos, las prácticas de trabajo y de empleo (como la formación, la diversidad, la igualdad de género y la salud y el bienestar de los trabajadores), las cuestiones medioambientales (como la biodiversidad, el cambio climático, el uso eficiente de los recursos, la evaluación del ciclo de vida y la prevención de la contaminación), la lucha contra el fraude y la corrupción, la participación de las comunidades locales y el desarrollo y la integración de las personas con discapacidad y los intereses de los consumidores, incluida la intimidad. *Íbidem*. UE, 2011, pg. 8.

4.5.- LA TRANSPARENCIA COMO ELEMENTO VERTEBRADOR FUNDAMENTAL

La abundancia de multinacionales en un entorno de fuerte competitividad, y la organización de sus negocios en CMCV, que fragmentan las funciones productivas atribuyéndolas a distintas jurisdicciones de suerte que resulta muy difícil, por no decir virtualmente imposible, discernir cómo se crea valor en la empresa, son factores que agravan los efectos del fenómeno BEPS en los PVD. Para hacerle frente, las Haciendas necesitan información, y la necesitan a una escala internacional, cuando no global, sin que sea suficiente el conocimiento aislado de las actividades en el país. Sin esa información, las haciendas de los PVD carecen de los recursos para hacerles frente de forma eficaz. Además, la opacidad facilita conductas corruptas y aparta a estas organizaciones del escrutinio público. La transparencia nace así como un contrapeso al secretismo que normalmente caracteriza al poder económico, en aras de facilitar el control por parte de los órganos públicos creados a tal efecto e incluso de la sociedad en general, fenómeno de creciente importancia en la sociedad de la información.

Vamos a examinar las implicaciones de la transparencia para las políticas públicas, fundamentalmente a través del Foro Global de Transparencia e Intercambio de Información (GFTEOI), la inclusión de la transparencia en la legislación tributaria, donde se abre camino de forma incipiente frente al dogma del secreto tributario, y su papel en la explotación de recursos naturales, lo que le conecta con el Informe País por País que veremos en el Capítulo 9.

4.5.1.- LA TRANSPARENCIA EN LA FISCALIDAD INTERNACIONAL

Aunque la transparencia en la fiscalidad internacional no es un concepto nuevo, es necesario mencionarlo, siquiera sea brevemente, por su rápida expansión. Las discusiones sobre transparencia se remontan al informe de la OCDE sobre paraísos fiscales de 1998²⁶⁴, pero la fecha clave realmente es el 2 de abril de 2009, cuando el G-20 declaró la guerra a las jurisdicciones no cooperativas y manifestó enfáticamente: “*the era of bank secrecy is over*”²⁶⁵. A partir de entonces, los acontecimientos han acaecido a una velocidad vertiginosa, y mucho

²⁶⁴ OCDE: *Harmful Tax Competition, an Emerging Global Issue*. [en línea] París, OECD Publishing, 1998. 82 pgs. Disponible en <http://www.oecd.org/tax/transparency/44430243.pdf> [consulta 25 de enero de 2016].

²⁶⁵ OCDE: *The Era of Bank Secrecy is Over*. [en línea], 2011. Disponible en <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/48996146.pdf> [Consulta 25 de enero de 2016].

Ubaldo González de Frutos

Los países en desarrollo en la fiscalidad global

más después de los Papeles de Panamá. Países como Suiza, Luxemburgo, Singapur u Hong Kong se hallan comprometidos con la transparencia y levantaron el secreto bancario, el G-20 decidió incluir la transparencia en los códigos de estabilidad financiera mundial, y terminó proclamando la necesidad de que los PVD se beneficiasen de un entorno cooperativo, especialmente facilitándoles el acceso al intercambio automático de información.

Esta política se instrumenta en la Convención Multilateral de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Tributaria, que en 2010 se modificó para que los PVD y el G-20 pudieran ser miembros. Pues bien, desde que en 2009 se presentó el modelo de acuerdo de intercambio de información bilateral entre países con impuestos normales y jurisdicciones de baja tributación, se han firmado casi 1000 acuerdos tipo TIEA (*Tax Information Exchange Agreement*), lo que confirma la valoración de la transparencia como un elemento clave para lograr la equidad fiscal internacional.

Por si fuera poco, se ha conseguido en un tiempo corto establecer un sistema mundial para el intercambio automático de información, una reclamación tradicional de las ONGs. El “*Saint Petersburg Development Outlook*”²⁶⁶ del G-20 aprobó efectivamente, en 2013, una hoja de ruta para la implementación del intercambio automático de información, a la vez que pidió al GFTEOI que estableciese un mecanismo para verificar que se cumple el estándar, reclamando que todas las medidas se aprobasen con la vista puesta en la mejora de las condiciones de cumplimiento de los países en desarrollo. En febrero de 2014 ya se habían propuesto por la OCDE las Normas Comunes de Suministro de Información (*Common Reporting Standards*) para el intercambio automático, aprobadas en Septiembre de 2014 por los Ministros de Finanzas del G-20 y presentadas a los líderes en noviembre de 2014. Esto supone un gran avance respecto al ritmo evolutivo del pasado. Por comparar con la evolución del pasado, el primer estándar para ordenar la información en soporte papel data de 1981. Diez años después, en 1992, se adoptó el primer formato común en soporte magnético, que ha permanecido vigente, con pequeñas modificaciones, durante casi 20 años. En 2010 EEUU aprobó FATCA, una ley extraterritorial que obligaba a los bancos extranjeros que abonasen rendimientos a contribuyentes norteamericanos a declararlo a la Hacienda norteamericana, y las discusiones para la implementación de FATCA en escenarios bilaterales primero y multilaterales después aceleraron los cambios que habrían finalmente de traernos el intercambio automático en sólo un

²⁶⁶ G-20: *Saint Petersburg Development Outlook*. [en línea] 2013. <http://www.oecd.org/g20/topics/development/St-Petersburg-Development-Outlook.pdf> [consulta 30 de enero de 2016].

Ubaldo González de Frutos

Los países en desarrollo en la fiscalidad global

año. En este escenario, los países en desarrollo tienen el reto y la oportunidad de adherirse enseguida al intercambio automático de información y por supuesto de adherirse a la Convención Multilateral de Asistencia Tributaria Mutua.

4.5.2.- LA TRANSPARENCIA EN LAS MULTINACIONALES

El concepto de transparencia no se ha quedado en el ámbito de las relaciones entre Haciendas, sino que ha penetrado en el marco regulador de las actividades de las MNEs. Esta evolución, no demasiado obvia ya que en principio la transparencia se asocia más a lo público que a lo privado, está consagrada en los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE como uno de los cinco pilares en que se sustenta el buen gobierno societario²⁶⁷.

La información que la empresa ha de divulgar, dicen los Principios, debe ser amplia, incluyendo los resultados financieros y de explotación de la sociedad, sus objetivos, la composición de su accionariado, revelando la titularidad de los grandes grupos de acciones y de derechos de voto, las operaciones con partes vinculadas, los factores de riesgo previsibles y otras cuestiones relativas a los empleados y otras partes interesadas. La transparencia se convierte así en un principio básico reconocido internacionalmente²⁶⁸, pero los Principios de Gobierno Corporativo no constituyen una norma de obligado cumplimiento, sólo son mejores prácticas, indicaciones a los países a la hora de dictar sus propias normas, como la más reciente ley española²⁶⁹. En suma, los *Principios* ofrecen el fundamento para defender una mayor apertura, lo que ha sido especialmente relevante a la hora de discutir el Informe País Por País del que nos ocuparemos en el capítulo 9, ya que mencionan expresamente la publicidad sobre operaciones entre partes vinculadas²⁷⁰ y el riesgo-país²⁷¹.

²⁶⁷ “El marco para el gobierno corporativo deberá garantizar la revelación oportuna y precisa de todas las cuestiones materiales relativas a la sociedad, incluida la situación financiera, los resultados, la titularidad y el gobierno de la empresa”. En OCDE: *Principios de Gobierno Corporativo*. [en línea], 2004. Disponible en <http://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/37191543.pdf> [consulta 30 de enero de 2016], pg. 22.

²⁶⁸ Aunque no es claro que la transparencia se predique en los *Principios* respecto del grupo multinacional, más bien parece se refiere las sociedades que lo integran.

²⁶⁹ Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno Corporativo.

²⁷⁰ “En este sentido, resulta esencial para la compañía revelar al mercado todos los detalles relativos a posibles operaciones materiales de partes vinculadas, ya sea de forma individual o en grupo, y con independencia de si se han llevado a cabo a precios y en condiciones normales de mercado”. OCDE, *Principios de Gobierno Corporativo*. 2004, ibídem, pg. 53

4.5.3.- TRANSPARENCIA EN LA EXPLOTACION DE LOS RECURSOS NATURALES

Un asunto de importancia sin par para los países en desarrollo es el tratamiento de la industria extractiva, pues concurren en ella dos elementos fundamentales: la relativamente alta proporción de ingresos públicos que representa y la propensión a la corrupción de este sector de actividad empresarial, ya que los recursos que se van a poner a disposición del inversor internacional por el poder político son de dominio público y se ceden mediante fórmulas de concesión.

Las peculiares características de esta relación reclaman la transparencia como principal recurso para atajar la corrupción, pues las prácticas corruptas sólo caben en escenarios de opacidad. Por eso, se ha definido la industria extractiva a partir de la llamada “maldición de los recursos naturales”²⁷², que predice que los países que gozan de una abundancia de recursos no renovables, como el petróleo, los minerales o los diamantes, experimentarán un menor crecimiento del PIB a largo plazo, con pérdida del bienestar económico, conflictos sociales e incluso bélicos²⁷³.

La explicación de esta aparente paradoja se relaciona con la corrupción y la mala gestión pública de los recursos, en sistemas políticos débiles e ineficaces donde se produce impunemente la apropiación de los recursos por parte de las élites, protegido por un marco de

²⁷¹ “Los usuarios...precisan de información relativa a posibles riesgos... entre los que pueden citarse: los riesgos específicos de la industria o zonas geográficas en las que la sociedad desarrolla su actividad; la dependencia de determinadas materias primas; los riesgos de los mercados financieros, incluidos los tipos de interés y el riesgo cambiario; el riesgo asociado a las operaciones sobre derivados y las que no se registran en el balance; y los riesgos asociados a responsabilidades en el ámbito medioambiental”. OCDE, *Principios de Gobierno Corporativo*. 2004, ibídem, pg. 53

²⁷² También conocida como la *paradoja de la abundancia*, el concepto “maldición de los recursos naturales” designa la tragedia de ciertos países y regiones provistos de una abundancia de recursos naturales, especialmente de yacimientos minerales y petrolíferos, que a pesar de su riqueza, y en contra de toda intuición, experimentan menores tasas de crecimiento económico a largo plazo que otros países sin esa riqueza de recursos naturales. El concepto maldición de los recursos naturales fue acuñado por Richard Auty (AUTY, R.: *Sustaining Development in Mineral Economies: The Resource Curse Thesis*. London, Routledge, 1993).

²⁷³ Aunque no existe una definición generalmente aceptada del concepto de “países ricos en recursos”, el FMI, en su *Guía sobre Transparencia en los Ingresos de los Recursos Naturales* definía a un país rico en recursos minerales a partir de cualquiera de estos dos criterios: (1) una media de ingresos fiscales procedentes de hidrocarburos o minerales de por lo menos el 25 por ciento del total en el periodo 2000 a 2005 o bien (2) una media del 25 por ciento del valor de la exportación de hidrocarburos o minerales sobre el total de sus productos exportados, también durante el mismo periodo. (FMI: *Guía sobre la transparencia del ingreso proveniente de los recursos naturales (2007)*. [En línea]. Disponible en <https://www.imf.org/external/np/fad/trans/spa/guides.pdf> [consulta 20 marzo 2016])

Ubaldo González de Frutos

Los países en desarrollo en la fiscalidad global

opacidad que oculta los pagos realizados por las multinacionales que los extraen. El problema se complica con el llamado “mal holandés”²⁷⁴, que designa la disminución de la competitividad de los sectores económicos no extractivos. Además, la alta volatilidad de los precios de las materias primas en mercados internacionales causa tensiones macroeconómicas.

A la larga, los problemas económicos derivados de la abundancia de recursos naturales significan también una menor calidad democrática, porque los gobiernos pueden financiar programas sociales sin necesidad de acudir a la imposición, lo cual debilita el pacto social y genera gobiernos autoritarios e inestabilidad política. Además, las rentas de los recursos naturales no son, a diferencia de los recursos impositivos, fruto del esfuerzo social, y por tanto hay una propensión a que su retorno social sea también inferior²⁷⁵.

La transparencia es el antídoto para estos males, para aumentar la calidad democrática y la sostenibilidad económica de los países ricos en recursos. No se trata sólo de obligar a los gobernantes a rendir cuentas de la ingente cantidad de ingresos públicos derivados de la actividad extractiva, sino también de planificar a largo plazo teniendo en cuenta la evaluación y la valoración de las reservas existentes, su duración prevista y su potencial como fuente de ingresos para el país. Más adelante veremos cómo el IPPP, una de las novedades del Plan de acción de BEPS que más va a ayudar a los países en desarrollo, surgió como remedio para paliar la maldición de los recursos naturales.

²⁷⁴ Se denomina así al fenómeno de la apreciación del cambio de la divisa que se produce después del descubrimiento de importantes yacimientos minerales. La apreciación del tipo de cambio debilita la competitividad de las exportaciones en todas las industrias distintas de la extractiva. El nombre proviene de un artículo publicado en *The Economist* en que describía el fenómeno a propósito del descubrimiento en los Países Bajos de importantes yacimientos de gas natural.

²⁷⁵ En Bolivia, Ecuador, México o Venezuela, por ejemplo, los ingresos públicos provenientes de los hidrocarburos oscilan entre el 25% y el 50%, pero estas rentas no se traducen necesariamente en financiación adicional para programas sociales. En efecto, en ninguno de estos países el gasto público es particularmente elevado, ubicándose en torno al 20% del PIB, en el promedio de América Latina, y muy por debajo de Brasil, donde el gasto público se acerca al 35% del PIB y se financia principalmente con impuestos. Las empresas públicas que explotan los recursos naturales ofrecen tratamientos privilegiados a sus empleados y administran subsidios que no pasan por el escrutinio parlamentario. Así por ejemplo, Ecuador gasta más en subsidios a combustibles que en educación. En Venezuela, la petrolera estatal administra un verdadero presupuesto paralelo de programas públicos y subsidios. De esta manera, los principales beneficiarios de la renta de los recursos naturales no renovables captados por el Estado pueden no ser los más necesitados o las generaciones futuras, sino quienes tienen mayor capacidad para influir y presionar a los gobiernos. CORPORACIÓN DE ESTUDIOS PARA AMÉRICA LATINA (CIEPLAN): *La maldición de los recursos naturales y sus antídotos*. [en línea] 3 de agosto de 2007. Disponible en <http://www.cieplan.org/opinion/detalle.tpl?id=44> [Consulta 30 enero 2016]

4.5.4.- LA TRANSPARENCIA COMO PRINCIPIO VERSUS LA RESERVA TRIBUTARIA.

Otro fenómeno no menos novedoso, aunque todavía relativamente incipiente, es el avance de la transparencia en el hasta ahora cerrado campo de la reserva tributaria. No hablamos aquí de cesión de información entre administraciones tributarias, sino del acceso de la prensa u otros interesados a datos tributarios, algo que hasta hace poco era impensable por el dogma del carácter reservado de la información tributaria. Ciertamente, en los últimos tiempos este concepto está cambiando y en la tensión entre la transparencia como principio de la Administración Pública y el principio de reserva tributaria²⁷⁶ está ganando terreno la primera. Las leyes de transparencia y acceso a los registros públicos, modeladas a partir de la norteamericana FOIA²⁷⁷ son el ariete en este proceso. Además, Australia, Canadá y los países nórdicos han aprobado en el último lustro leyes específicas que rompen el dogma del secreto de la información tributaria en aras de una mayor transparencia²⁷⁸. Lógicamente, este es un proceso que no se ha consolidado en el mundo desarrollado y por tanto tardará un tiempo más o menos largo en llegar a los países en desarrollo, pero vale la pena detenernos en esta evolución legislativa comparada para darnos cuenta de que la tendencia futura de este concepto va a ser hacia su concreción y no hacia su expansión.

En Australia, la Ley de 29 de junio de 2013 obligó a la Administración Tributaria a publicar los datos de los impuestos correspondientes a contribuyentes entidades jurídicas con ingresos contables superiores a mil millones de dólares por año, así como las deudas tributarias exigibles por el impuesto sobre los recursos naturales o por el impuesto sobre la renta del petróleo. También en 2013 Canadá cambió la legislación para incrementar la transparencia de las entidades canadienses del sector de la industria extractiva. En los países nórdicos, Dinamarca también ha flexibilizado las obligaciones de reserva tributaria que incumben a la Administración respecto de personas jurídicas. Desde 2012 las autoridades tributarias danesas tienen la facultad

²⁷⁶ Tiene el doble fundamento de la protección de la privacidad por cuestiones de seguridad y de competitividad y, a la vez, la calidad de la información suministrada a la administración fiscal ya que se asume que cuanto más amplia es la divulgación de los datos, mayor la reticencia del obligado a suministrar datos de calidad.

²⁷⁷ *Freedom of Information Act*, ley de 5 de julio de 1967. Texto pionero en el mundo en la introducción de la transparencia en las administraciones.

²⁷⁸ Para una discusión detallada véase PWC: Tax transparency and country-by-country reporting - An ever changing landscape [en línea]. 2013. Disponible en <http://www.pwc.com/gx/en/tax/publications/tax-transparency-reporting-an-ever-changing-landscape.jhtml> [consulta 5 Feb 2016]

Ubaldo González de Frutos

Los países en desarrollo en la fiscalidad global

de hacer públicas determinadas informaciones sobre las sociedades²⁷⁹, y la consulta se puede hacer a través de la web de la Administración tributaria SKAT. Finlandia también ha dispuesto que la Administración publique datos de sociedades²⁸⁰. Los datos se hacen públicos a partir del mes de noviembre siguiente a la fecha de cierre del ejercicio. Noruega también publica listas de contribuyentes en la página web de la Administración²⁸¹ y Suecia reconoce el principio de acceso los archivos públicos en la propia Constitución²⁸². En cierto sentido, la Reforma de la Ley General Tributaria de 2014 para dar publicidad a los deudores que no hayan satisfecho obligaciones por importe superior a un millón de euros, así como de las sentencias por fraude fiscal, mientras que se mantiene el carácter reservado de la información tributaria en general, es un paso en la misma dirección.

4.6.- CONCLUSIONES

Las multinacionales son un agente clave en el proceso de globalización, y su número, importancia y modelo organizativo han experimentado transformaciones de gran importancia en los últimos años de la mano de la liberalización económica y del desarrollo tecnológico, hasta el punto de plantear un escenario de alta competitividad donde el impuesto de sociedades es considerado un coste más. En este contexto, los profesionales del derecho fiscal internacional se han aplicado, con notable éxito, a reducirlo mediante técnicas de planificación que encajan bajo el concepto de erosión de bases y traslado de beneficios, BEPS, con importante deterioro de la equidad contributiva en la práctica, tanto en la dimensión nacional –por ejemplo, al contrastar

²⁷⁹ la base imponible tras la compensación de pérdidas de ejercicios precedentes, las pérdidas de años anteriores utilizadas para compensar en el ejercicio corriente, y el Impuesto de Sociedades devengado en el ejercicio.

²⁸⁰ nombre, domicilio número de identificación del contribuyente, base imponible, impuesto debido y deudas pendientes o devoluciones acreditadas y no realizadas a la entidad

²⁸¹ Noruega tiene un régimen de semi-publicidad porque exige trazabilidad de quién accede a la información, y se limita a un máximo de 500 búsquedas por persona y mes. La información publicada, siempre referida a sociedades, incluye los datos identificativos, los beneficios, el capital fiscal, y el impuesto de mercado. Los medios de comunicación tienen derecho a consultar la lista completa, pero no la facultad de hacerla pública. En embargo, están autorizados a publicar datos de personas jurídicas concretas y a publicar listas de los contribuyentes con mayores rentas

²⁸² En virtud este principio, los ciudadanos tienen derecho al acceso, a no ser que una ley lo prohíba. En materia fiscal este principio significa una inversión del régimen general, que se traduce en un acceso libre a los datos tributarios de personas físicas y de sociedades. En consecuencia, en Suecia cualquiera puede examinar los actos administrativos materia tributaria, acceder a los datos de ingresos íntegros y base imponible, datos en materia de pensiones, impuesto sobre la propiedad, impuestos sobre la renta, IVA, contribuciones a la Seguridad Social y otros tributos. También son accesibles las resoluciones fiscales individualizadas (*tax rulings*) con excepción en este caso de la identidad de los contribuyentes a los que afecta. Si la información no está directamente accesible, los interesados pueden pedirla a requerimiento individualizado.

Ubaldo González de Frutos

Los países en desarrollo en la fiscalidad global

los contribuyentes nacionales son las MNEs, como hace el informe BEPS— como en el plano de equidad internacional, donde los países en desarrollo aparecen como perdedores por su mayor dependencia del Impuesto de Sociedades y su mayor vulnerabilidad a las tácticas de elusión fiscal.

En este nuevo marco global de la fiscalidad internacional las empresas multinacionales son un agente clave y la comunidad internacional necesitaba un enfoque novedoso y holístico para restablecer el equilibrio de derechos y obligaciones sin que el cumplimiento fiscal quede sistemáticamente perjudicado. Este marco de análisis y de acción política es BEPS, y los países en desarrollo deberían haber estado implicados en el proceso en la misma forma que lo estuvieron los países desarrollados y las economías emergentes, pues a todos ellos afecta.

El marco creado por la proliferación de MNEs y por el desarrollo de su organización en torno a las cadenas mundiales de creación de valor son realidades que se han conformado progresivamente y donde los países en desarrollo no tienen apenas influencia, de suerte que aceptan que este es el terreno de juego donde se va a desarrollar la inversión internacional, y aun lo estimulan mediante la competencia entre gobiernos a través de los incentivos fiscales.

El resultado de esta conjunción es un cuadro nada halagüeño para los países en desarrollo porque se encuentran con MNEs muy sofisticadas, con escasa propensión a contribuir en los países anfitriones, a las cuales ofrecen como reclamo, de entrada, unas vacaciones fiscales. Este no es, ciertamente, el mejor comienzo para una relación entre la Hacienda y la MNE, y la responsabilidad del resultado es por consiguiente compartida por países en desarrollo y desarrollados.

Ahora bien, sentada la baja propensión al cumplimiento y las numerosas oportunidades que un sistema fiscal internacional poco adecuado a la realidad de la globalización ofrecía antes de BEPS, existen factores correctores de carácter no fiscal que han de beneficiar a los PVD. Se trata del buen gobierno societario o, si se quiere, la autodisciplina por las multinacionales, las cuales, movidas en parte por una mejor conciencia social y en parte por la aversión al riesgo de mala reputación, deberían empezar a adoptar posiciones menos agresivas a la hora de planificar sus estrategias fiscales, teniendo en cuenta también la amplia oferta de herramientas de mejora del sistema fiscal que les ofrece BEPS y el IPPP en particular. El progreso del gobierno societario en los países de la OCDE surte efectos en los PVD pues la multinacional como organización es única y no puede tener buen gobierno en un territorio y malo en otro distinto.

Ubaldo González de Frutos

Los países en desarrollo en la fiscalidad global

Además, las Directrices de la OCDE para la inversión por las multinacionales incorporan mandatos específicos de cumplimiento de la legislación fiscal en los países de acogida.

Un complemento del buen gobierno es la transparencia, un concepto de suma actualidad, impulsado por el Foro Global de Transparencia e Intercambio de Información y por el intercambio automático de información en la lucha contra los paraísos fiscales, cuya evolución más reciente es el intercambio automático de *rulings* a raíz del escándalo Luxleaks. La transparencia, sin embargo, se asocia con el gobierno más que con la empresa y con los países desarrollados más que con los PVD, y de aquí surge otra conclusión: la necesidad de desarrollar una conciencia favorable en estos países. La transparencia pertenece a ese tipo de objetivos que ofrecen rendimientos a medio o largo plazo, y en consecuencia se compadecen mal con el funcionamiento del mercado político y del ciclo parlamentario. Aun así, los logros de los últimos cinco años han superado las expectativas más optimistas.

En suma, el abuso de las normas de tributación internacional presenta retos singulares para los países en desarrollo. Los sujetos pasivos tienen una capacidad técnica muy avanzada para moverse por los márgenes de la legalidad internacional sin violentarla abiertamente y esto requiere de los países en desarrollo un gran esfuerzo en el desarrollo de capacidad para estar a la altura de ese desafío.

5.- Equidad horizontal y tratados fiscales

5.1.- INTRODUCCIÓN

En este capítulo abordamos la equidad internacional desde un punto de vista horizontal, es decir, analizamos las relaciones establecidas por mor de tratados fiscales pero sin incluir consideraciones redistributivas, centrándonos fundamentalmente en el análisis de la relación entre tratados de doble imposición y movilización de fondos privados a través del posible incremento de la inversión extranjera directa. Examinamos las funciones y efectos de los tratados, particularmente en relación a la mejora de la infraestructura jurídica del país y su atractivo como destino de inversiones exteriores, planteando la cuestión de hasta qué punto los CDIs son una variable exógena para el crecimiento y la inversión extranjera o más bien el fruto de otros determinantes del proceso político.

En 2011, Mongolia adoptó una decisión poco frecuente en la fiscalidad internacional: denunciar sus tratados de doble imposición con los Países Bajos, Luxemburgo, Emiratos Árabes Unidos y Kuwait, arguyendo precisamente que el resultado de la aplicación de estos tratados era contrario a la equidad²⁸³. La exención de gravamen de los dividendos pagados desde Ulán Bator se estaba utilizando de forma abusiva mediante prácticas de *treaty shopping* y como consecuencia del escándalo internacional los Países Bajos acometieron un amplio programa de revisión de sus tratados con otros países en desarrollo por preocupaciones también de equidad²⁸⁴. Además, el FMI aconsejó a Mongolia que renegociase selectivamente más de 30 tratados²⁸⁵.

²⁸³ En palabras del viceministro de Hacienda Surenjav Purev, “empezamos a preguntarnos por qué razón estos países tenían que gozar de mejores ventajas en Mongolia que nosotros mismos”. Citado por DEUTSCH, Anthony y EDWARDS, Terrence: *Special Report: In Tax Case, Mongolia is the Mouse that Roared*. 16 de julio de 2013. [en línea, disponible en <http://www.reuters.com/article/us-dutch-mongolia-tax-idUSBRE96F0B620130716>, consulta 6 de marzo de 2016], página 2

²⁸⁴ Los Países Bajos han acordado la inclusión de disposiciones contra las prácticas abusivas en los tratados fiscales con cinco países en desarrollo. Las negociaciones con Etiopía, Ghana, Kenia, Malawi y Zambia se han concluido ya con éxito. 'Estos son sólo los primeros cinco de un total de 23

Ubaldo González de Frutos

Equidad horizontal y tratados fiscales

Este caso ejemplifica el vínculo entre la equidad fiscal internacional y los tratados fiscales, poniendo de relieve cómo el principio igualdad entre naciones sólo se cumple cuando los países que lo celebran son homogéneos en sus flujos de inversión recíproca. Cuando los flujos son heterogéneos, los tratados pueden nacer desequilibrados y pueden perjudicar la equidad, como hacía el Tratado de Mongolia con los Países Bajos.

En principio, los convenios de doble imposición constituyen un elemento clave en la política de los países en desarrollo en tanto que herramienta para el fomento de la inversión extranjera y por tanto para la creación de empleo y el desarrollo económico. Otorgan también una nota de distinción, una enseña de prestigio para el país, toda vez que parece existir una relación directa entre el nivel de desarrollo de una nación y el número de tratados que ha celebrado. En una aproximación genérica, se verifica que los países desarrollados gozan de un número de convenios en torno a la centena²⁸⁶, casi el doble que las economías emergentes, mientras los menos desarrollados cuentan con un número que fluctúa entre los diez y los veinte, existiendo bastantes países con diez o menos. Esta simple observación hace que los países en desarrollo contemplen como un objetivo deseable la firma de convenios. No obstante, la cuestión que interesa determinar es si dichos instrumentos son la causa del desarrollo económico o si, al contrario, son una consecuencia de ese desarrollo económico, cuestión ésta que también abordaremos en este capítulo.

La tensión del binomio soberanía-equidad se manifiesta en los Convenios, pues la conclusión de un tratado fiscal limita de forma importante el ejercicio de la potestad impositiva, y en términos de financiación para el desarrollo supone un trasvase desde la movilización de recursos domésticos a la movilización de fondos privados. En consecuencia, los países en desarrollo deberían establecer de forma muy clara las consideraciones de política fiscal y de otro tipo²⁸⁷ a

países con quienes queremos llegar a un acuerdo sobre la lucha contra la evasión fiscal", declaró la ministra de Comercio Exterior y Cooperación para el Desarrollo Lilianne Ploumen. "Estamos empezando ahora a ver un progreso real. Es de justicia que las sociedades paguen una cantidad realista de impuestos en el país en que tienen lugar las operaciones" GOVERNMENT OF THE NETHERLANDS: Government stepping up support to developing countries on tax issues. 22 de junio de 2015. [en línea] disponible en <https://www.government.nl/latest/news/2015/06/20/government-stepping-up-support-to-developing-countries-on-tax-issues> [consulta 21 de marzo de 2016] (el subrayado es nuestro)

²⁸⁵ Íbidem, Deutch-Edwards, 2013, pg. 6

²⁸⁶ España, por ejemplo, tiene rubricados 102 CDIs, estando en vigor 90 y los 12 restantes en distintas fases de su tramitación. La relación completa está en http://www.minhap.gob.es/ES/Normativa%20y%20doctrina/Normativa/CDI/Paginas/CDI_Alfa.aspx

²⁸⁷ La Introducción al MCOCDE reconoce que en la firma de tratados pueden influir consideraciones de carácter no fiscal.

tener en cuenta antes de entrar en negociaciones, como aconseja a todos los países en general la Acción 6 del plan de BEPS²⁸⁸. Dados los riesgos para la equidad, los países en desarrollo no pueden utilizar los CDIs como receta de política fiscal sin un análisis riguroso, pues puede no ser la más conveniente en todos los casos.

En este capítulo examinamos la relación, a veces adversativa, entre soberanía y equidad que se manifiesta a través de la firma de tratados heterogéneos entre países desarrollados y en desarrollo, con las ventajas e inconvenientes inherentes a estos instrumentos de derecho internacional público.

5.2.- CONVENIOS FISCALES Y PAÍSES EN DESARROLLO

Los CDIs se enmarcan en las normas generales de Derecho internacional público aplicables²⁸⁹ y por tanto en puridad no existen diferencias jurídicas entre países en desarrollo y desarrollados. Un Convenio de Doble Imposición es un acuerdo entre dos jurisdicciones²⁹⁰ en pie de igualdad, para coordinar y repartir el ejercicio de la potestad tributaria en situaciones que por tener un punto de conexión internacional son susceptibles de generar doble imposición jurídica o económica²⁹¹, debido normalmente a la interacción de los criterios de residencia y fuente o, en ocasiones, por incurrir en la definición de residencia en ambas jurisdicciones²⁹². El convenio previene el nacimiento de la doble imposición, o de la doble no imposición, al delimitar el

²⁸⁸ La preocupación que justifica la inclusión de este apartado en la Acción 6 de BEPS no está en principio relacionada con la equidad ni referida principalmente a los PVD. Al contrario, se refiere a los criterios a tener en cuenta por los países desarrollados cuando son requeridos por centros financieros y países de baja tributación para la firma de un CDI. ¿Es deseable un CDI cuando la contraparte no tiene impuestos o los que tiene son insignificantes? No obstante, es evidente que la proposición de que los países han de tener en cuenta todas las circunstancias antes de firmar un convenio es de aplicación universal. Véase OCDE: *Preventing the Granting of Treaty benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 Final Report*. OECD Publishing Paris, 2015. ISBN 978-92-64-24120-6. Pgs. 94-98.

²⁸⁹ ONU: *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. Documento A/CONF.39/27. Viena, 23 de mayo de 1969. En vigor desde el 27 de enero de 1980

²⁹⁰ Existen también instrumentos multilaterales, especialmente de ámbito regional, como la Convención Nórdica, el Pacto Andino o el Tratado de la Unión Árabe del Magreb. También es multilateral la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Tributaria o el Convenio Europeo de Arbitraje. Para el debate sobre bilateralismo o multilateralismo véase el capítulo 6.

²⁹¹ La doble imposición económica sólo es abordada por los CDIs en contadas ocasiones, prácticamente limitada al caso de la doble imposición por actuaciones de comprobación de precios de transferencia. El artículo 25 también permite solucionar potenciales problemas de doble imposición económica ya que atribuye a las autoridades competentes la facultad de realizar consultas para la eliminación de la doble imposición en casos no previstos en el tratado.

²⁹² Con menos frecuencia, pero son también posibles los conflictos *fuentes versus fuentes* si hay una renta que tiene puntos de conexión con dos países y ambos resultan aplicables.

ejercicio de la soberanía fiscal, atribuyéndola de forma exclusiva o compartida a una u otra de las jurisdicciones, o bien la corrige mediante un mecanismo de exención o devolución. La limitación de la imposición en el país anfitrión de la inversión –normalmente países en desarrollo– en virtud de la aplicación del criterio de gravamen en residencia o de los tipos reducidos de gravamen pactados en el CDI, sumado a la seguridad jurídica que garantiza que el instrumento no será derogado por ley nacional, es la razón fundamental para que el Convenio promueva la llegada de inversores exteriores a los PVD.

Por su naturaleza de instrumentos de Derecho internacional público vinculan a los Estados firmantes. Por eso, una vez entrado en vigor, los Estados no pueden invocar disposiciones de Derecho interno para dejar de cumplir lo estipulado en el tratado, principio que en derecho sajón se conoce como prohibición del “*Treaty Override*”²⁹³. Dentro de cada Estado, la relación entre los CDIs y la legislación nacional se regula por las disposiciones constitucionales respectivas, relación que es siempre necesaria puesto que los CDIs sólo tienen una función delimitadora del ejercicio de la potestad tributaria, y por tanto no atribuyen jurisdicción *ex novo*. La potestad tributaria preexiste al tratado, se deriva de los poderes jurisdiccionales garantizados por la Constitución y ejercidos mediante legislación interna. Ahora bien, una vez que se han incorporado al derecho interno de cada jurisdicción, los CDIs atribuyen a los contribuyentes derechos y obligaciones, y en su virtud, los contribuyentes pueden invocar los beneficios del tratado y solicitar la aplicación de sus disposiciones cuando les resulten favorables.

Los CDI se ajustan normalmente a uno de los modelos de convenio habituales –ONU u OCDE– estando indicado el primero para negociaciones heterogéneas, entre países con diferencias significativas de desarrollo y que por tanto debería ser el modelo preferido para los PVD²⁹⁴. La elección entre uno y otro representa también la contraposición entre el modelo de

²⁹³ Normalmente este es el régimen general, garantizado por el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aunque para que se produzca este resultado obviamente el país en cuestión ha de haber ratificado la Convención de Viena. En la OCDE, la garantía de la supremacía del tratado está garantizada porque es un criterio que los países candidatos deben cumplir como condición previa al ingreso depende del derecho constitucional. Fuera de la OCDE pueden existir situaciones, dependiendo del derecho constitucional de cada estado, donde no quede garantizada la prevalencia del Tratado.

²⁹⁴ Pistone constata que el MCOCDE es absolutamente prevalente para los países en desarrollo, debido fundamentalmente a la estabilidad de sus provisiones y a la propia facilidad de la negociación. Para Pistone, los Comentarios al Modelo se han convertido en una fuente de *soft law* a la vez que ha perdido relevancia el MCONU, lo que justifica la búsqueda de un MCOCDE más equilibrado. Véase PISTONE, Pasquale. “Tax Treaties with developing Countries: a plea for new allocation rules and a combined legal and economic approach”. En Lang *et alii*, *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*, IBFD, Amsterdam, 2010. pp. 413-439.

renta mundial frente a la territorialidad²⁹⁵. Otro fenómeno que ha alterado el equilibrio ha sido la recepción por parte de los países emergentes (India, China, Brasil) de las provisiones del MCOCDE cuando se han ido convirtiendo, a partir de los años 2000, en exportadores de capital. El resultado hoy es la prevalencia casi absoluta del Modelo de Convenio OCDE, lo cual es un problema para los países en desarrollo porque las políticas fiscales que inspiran al MCOCDE son diferentes de las que perseguiría un país en desarrollo²⁹⁶.

En su ámbito objetivo, los CDIs se limitan a los impuestos sobre la renta y el capital de las personas físicas y jurídicas, definidos de modo específico mediante una lista de los existentes al momento de la firma queda incorporada al CDI, quedando otros tributos al margen²⁹⁷. Para dotarle de estabilidad y aislarlo de los cambios legislativos internos, contendrá una disposición que garantice que se aplique a cualesquiera otros impuestos idénticos o sustancialmente similares que entren en vigor además de, o en sustitución de, los existentes a la fecha de la firma del tratado.

Los textos concretos de cada Convenio resultantes de la negociación lógicamente se separan en mayor o menor medida del Modelo. Se sigue el patrón con relativa fidelidad en los capítulos más genéricos²⁹⁸, mientras que las mayores diferencias, reflejando posiciones políticas claras, se

²⁹⁵ Durante los años 50 algunos países optaron por sistemas territoriales que no les generan problemas de doble imposición al carecer de residentes sujetos por obligación personal. El caso paradigmático es Uruguay, que durante años sostuvo un sistema territorial y la ausencia de CDIs, aunque cambió en 2011 a un sistema de renta mundial. Las exigencias de la transparencia fiscal internacional, y en particular del Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información, han llevado a estos países a crear una red de tratados aceleradamente, muchas veces recurriendo al Modelo de la OCDE.

²⁹⁶ Como sostiene PISTONE, Pasquale: "Tax Treaties with developing Countries: a plea for new allocation rules and a combined legal and economic approach". En LANG *et alii*, ed. *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*, IBFD, Amsterdam, 2010. pg. 414. Nótese que el caso del Instrumento Multilateral es diferente porque no tiene ámbito general sino sólo limitado a transponer los resultados de las Acciones de BEPS números 2, 6, 7 y 14, acciones sobre las cuales existe un cierto consenso en que favorecen a los países en desarrollo, tal vez con la excepción de la Acción 14, que en el Tratado Multilateral es puramente voluntaria.

²⁹⁷ En contadas ocasiones existen convenios para prevenir la doble imposición en los impuestos de sucesiones. No existen CDIs dedicados a la fiscalidad indirecta porque el criterio universalmente aceptado es la tributación en destino, lo que evita situaciones de doble imposición. No obstante, en situaciones con un punto de conexión internacional no es raro que se pueda producir la doble imposición en tributos indirectos y las Directivas Comunitarias sobre el IVA o las Directrices Internacionales sobre IVA de la OCDE previenen estas situaciones de doble imposición. El artículo 26, dedicado al intercambio de información, por excepción, se aplica tanto a tributos directos como indirectos.

²⁹⁸ En particular el Capítulo 1 (ámbito de aplicación del tratado), el Capítulo 2 (definiciones) y el Capítulo 6 (Disposiciones especiales, incluyendo la cláusula de no discriminación del Art. 24, el procedimiento amistoso del Art. 25, el intercambio de información del Art. 26 y la asistencia mutua en recaudación del Art. 27).

concentran en los artículos que atribuyen la potestad tributaria por tipo de renta, especialmente en el Capítulo 3. Estas diferencias son consecuencia de la naturaleza bilateral de la relación y, por lo tanto, reflejan hasta cierto punto las diferencias en su situación económica y poder de negociación, en lo que Blum ha llamado igualdad discriminatoria²⁹⁹.

En la negociación, aunque algunas jurisdicciones disponen de modelos específicos³⁰⁰, lo normal es que las partes comiencen a negociar sobre la base de uno de los modelos generalmente utilizados, el de la OCDE³⁰¹ o el de la ONU³⁰², elaborado por un Grupo de Expertos Independientes sobre la base del Modelo de la OCDE de 1977, pero con mayor presencia relativa del criterio de la fuente, que atribuye por tanto a las economías en desarrollo una jurisdicción tributaria más amplia.

En realidad, los dos modelos tienen mucho en común porque provienen de un mismo tronco. En 1921 se introduce en Estados Unidos la desgravación por doble imposición internacional en el Impuesto de la Renta, el cual se había creado un poco antes, en 1913, ante las necesidades de financiación adicional para la inminente Guerra Mundial. El IRPF norteamericano grava a los individuos en base mundial y de ahí surge la posible doble imposición, siendo esta Ley de 1921 la que la doctrina ha identificado como el origen de la fiscalidad internacional como disciplina³⁰³. A partir de ahí, se creó una Comisión en la Sociedad de las Naciones, liderada por el profesor de Columbia Edwin Seligman, que publicó en 1923 el primer informe sobre eliminación de la doble imposición y que resultaría en el primer Modelo de Convenio para la

²⁹⁹ Esta igualdad discriminatoria va a afectar negativamente a la equidad, pues el resultado de una relación de igualdad cuando los postulados de partida son desiguales, lejos de rectificar el desequilibrio, lo confirma. Véase BLUM, Gabriela: *Bilateralism, Multilateralism and the Architecture of International Law*. En *Harvard International Law*. Volumen 49, núm. 2, 2008, pg. 340.

³⁰⁰ En concreto, Alemania, Austria, Bélgica y Estados Unidos, que lo ha modificado recientemente. Véase US TREASURY: Preamble to the 2016 US Tax Convention. [en línea] 17 de febrero de 2016. Disponible en <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/Preamble-US%20Model-2016.pdf> [consulta 21 de marzo de 2016]

³⁰¹ OCDE: Model Convention with respect to Taxes on Income and on Capital. [en línea] OCDE, 2014. Disponible en <http://www.oecd.org/ctp/treaties/2014-model-tax-convention-articles.pdf> [consulta 6 Febrero 2016]

³⁰² ONU: Convención modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo, revisión de 2011 [en línea]. Nueva York, Naciones Unidas, 2011. Disponible en http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2014/09/UN_Model_2011_UpdateSp.pdf [consulta 6 Febrero 2016]

³⁰³ GRAETZ, Michael J.: "The "Original Intent" of US International Taxation". En *Faculty Scholarship Services* [en línea] Vol. 46, 1997, pgs. 1021 a 1109. Disponible en <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=dlj> [Consulta: 15 enero 2016]. Página 1022. No obstante, el nacimiento de los tratados de doble imposición es anterior, el primer tratado de la era moderna fu el Austriaco-Prusiano de 1899, (Ibíd., cita en pg. 1023)

Eliminación de la Doble Imposición, de 1928. Este Modelo, que todavía es la base de la arquitectura fiscal internacional, fue seguido por los Modelos de Convenio de México (1943) y de Londres (1946), los cuales gobernaron hasta cierto punto los acuerdos bilaterales celebrados o revisados en la década siguiente.

Ninguno de estos Modelos de Convenio, sin embargo, fue universalmente aceptado y además presentaban lagunas y discordancias entre sí. Las Naciones Unidas crearon por ello un Comité para examinar este problema, el cual funcionó entre 1946 y 1954, pero no llegó a proponerse ningún texto. Por ello, el Consejo de la Organización para la Cooperación Económica Europea (OECE), antecedente de la OCDE, decidió elaborar un nuevo Modelo, y así nació el de 1955. En ese momento, existían entre los países que ahora son miembros de la OCDE sólo 56 convenios bilaterales, basados en gran medida en los trabajos previos de la Sociedad de las Naciones³⁰⁴.

Inmediatamente, la creciente interdependencia económica entre los países miembros de la OECE hizo necesaria una ampliación y armonización de la red de tratados fiscales bilaterales y se creó el Comité Fiscal de la OECE para establecer un Modelo de Convenio que resolviera eficazmente los problemas de doble imposición existentes. En 1963, ya constituida la OCDE, el Comité Fiscal presentó su informe final, titulado “Borrador de Convenio de Doble Imposición sobre la Renta y el Capital”. Inmediatamente, el Consejo de la OCDE adoptó la Recomendación sobre la Prevención de la Doble Imposición, e invitó a los gobiernos de los países miembros a que, cuando celebraran nuevos acuerdos bilaterales o revisaran los existentes, siguiesen el Borrador de 1963. A partir de esa fecha, el Modelo de la OCDE ha servido de base para la negociación, aplicación e interpretación de una mayoría de los más de 3.000 tratados fiscales existentes. El Modelo se completa con los Comentarios e informes, que aclaran la interpretación de sus disposiciones.

³⁰⁴ Para una historia más detallada de los modelos de convenio de OCDE y ONU, puede consultarse el propio Modelo de Convenio, párrafos 4 a 11.1 del preámbulo OCDE: *Model Convention with respect to Taxes on Income and on Capital*. OCDE, 2010, páginas 7 a 9. Son numerosos los artículos doctrinales que han detallado esta historia. Entre los más destacados están GOLDBERG, H. L.: “Conventions for the Elimination of International Double Taxation: Toward a Developing Country Model”, En *Law & Policy in International Business*, Vol 15, 1983, pp 833-909, BAKER, Paul. *Double Taxation Conventions: A Manual on the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital*, Andover, 2001, Ed. Sweet & Maxwell, UCKMAR, V. *Double Taxation Conventions*, en Amatucci (ed.) *International Tax Law*, Kluwer Law International, 2012, pgs. 149-18 y LANG, Michael: *Introduction to the law of double taxation conventions*, Viena, Linde Verlag, 2010.

Desde el principio estaba prevista una revisión del Modelo de 1963, previo estudio por los países miembros, para tener en cuenta la experiencia adquirida por dichos países en la negociación y aplicación de acuerdos bilaterales, la evolución de los sistemas fiscales de los países miembros, así como el desarrollo de nuevos sectores económicos o el surgimiento de nuevas modalidades de organización empresarial más complejas. Por estas razones, el Comité Fiscal de la OCDE, denominado a partir de 1971 “Comité de Asuntos Fiscales”, acometió la revisión del Borrador de Convenio de 1963, que resultó finalmente en el nuevo Modelo de Convenio de 1977. El Consejo de la OCDE, de nuevo, aprobó el 23 de octubre de 1997 una nueva Recomendación para que los países miembros siguiesen el Modelo, del mismo modo que había hecho en 1963.

Normalmente los países miembros están de acuerdo en las disposiciones del Modelo y en sus Comentarios, pero si no lo están pueden reflejar su desacuerdo con cualquier disposición del Modelo mediante reservas, así como su discrepancia con los Comentarios mediante observaciones. Del mismo modo, los países en desarrollo tienen la posibilidad de registrar sus opiniones disidentes sobre el Modelo y los Comentarios³⁰⁵.

El Modelo de Convenio de la OCDE se ha modificado posteriormente en numerosas ocasiones, siendo la más reciente en 2014, aunque el proyecto BEPS va a producir otra reforma sustancial. Sin embargo, las reformas del modelo no se trasladan automáticamente a los convenios existentes, lo cual ha planteado tradicionalmente problemas de aplicación. En el pasado, se han paliado con la llamada “interpretación dinámica” del Modelo de la OCDE, que sostiene que los convenios antiguos se interpretan de acuerdo con las nuevas orientaciones, sobre la base de que los Comentarios “reflejan el consenso de los países miembros de la OCDE en cuanto a la correcta interpretación de las disposiciones existentes y su aplicación a situaciones específicas”. El Plan de Acción BEPS³⁰⁶ ha producido cambios tan sustanciales en el Modelo, que la OCDE ha sentido la necesidad de actualizar los convenios existentes mediante el Instrumento

³⁰⁵ La edición más reciente del MCOCDE recoge en un capítulo final las posiciones particulares de Albania, Argentina, Armenia, Bielorrusia, Brasil, Bulgaria, Costa de Marfil, Croacia, Emiratos Árabes Unidos, Estonia, Filipinas, Gabón, Hong Kong, India, Indonesia, Kazajistán, Letonia, Lituania, Malasia, Marruecos, República Democrática del Congo, República Popular China, Rumania, Rusia, Serbia, Sudáfrica, Tailandia, Túnez, Ucrania y Vietnam. Véase OCDE: Model Convention with respect to Taxes on Income and on Capital. [en línea] OCDE, 2014. Disponible en <http://www.oecd.org/ctp/treaties/2014-model-tax-convention-articles.pdf> [consulta 6 Febrero 2016]

³⁰⁶ OCDE. *Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, [en línea]. París, OECD Publishing, 2014. 49 pgs. ISBN 978-92-64-20780-6. Disponible en <http://dx.doi.org/10.1787/9789264207813-es> [consulta 25.1.2016]

Multilateral de la acción 15 de BEPS que estudiamos en el capítulo 7, firmado el 24 de noviembre de 2016 por 99 países.

Por otro lado, en 1967 se crea en Naciones Unidas el Grupo de Expertos en Fiscalidad Internacional, que elabora en 1979 el Manual de Negociación y en 1980 la primera Convención Modelo de las Naciones Unidas sobre la Doble Tributación entre Países Desarrollados y Países en Desarrollo³⁰⁷, Convención que se revisó en 1999 y en 2011. El Modelo de las Naciones Unidas favorece en general a los países en desarrollo porque atribuye mayores derechos de tributación en la fuente que el de la OCDE, para fomentar la inversión extranjera en los países menos avanzados “en condiciones políticamente aceptables y económica y socialmente beneficiosas”.

5.3.- FUNCIONES DE LOS CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICION

Los efectos de los tratados sobre la equidad dependen de la virtualidad de los mismos como herramienta de política económica. Por ello, discernir la conveniencia de firmar tratados por los PVD exige partir del examen de sus funciones. La más obvia es la eliminación de la doble imposición³⁰⁸, pues cuando una renta se somete al impuesto sobre beneficios en el país donde se desarrolla la actividad productiva o de la fuente y además en el de residencia se produce un exceso de imposición que representa un freno a la inversión extranjera directa que, por añadidura, al distorsionar la asignación eficiente de recursos económicos, produce flujos subóptimos, causando un exceso de imposición³⁰⁹. La prevención se produce mediante la

³⁰⁷ ONU: Convención modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo, revisión de 2011 [en línea]. Nueva York, Naciones Unidas, 2011. Disponible en http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2014/09/UN_Model_2011_UpdateSp.pdf [consulta 6 Febrero 2016]

³⁰⁸ Para una explicación detallada sobre los efectos de la doble imposición y los beneficios de su eliminación, véase la introducción al modelo de CDI de la OCDE: *Model Convention with respect to Taxes on Income and on Capital*, 2010, páginas 6-7. Véase también el capítulo 8 de SERRANO ANTÓN, F (Ed): *Fiscalidad internacional*. Centro de Estudios Financieros. Madrid, 2015 Sexta Edición, 2.128 págs, 2 volúmenes. ISBN 978-84-454-2271-7

³⁰⁹ El modelo de convenio de la OCDE citaba la eliminación de la doble imposición en el propio título del modelo hasta 1992, mención que en el caso de Naciones Unidas ha estado presente hasta 2011. Los Comentarios al MCOCDE explican que la eliminación se debe a que los CDI tienen también otras funciones como la prevención de la evasión o la eliminación de discriminación.

distribución de la potestad tributaria entre los dos países, ya de forma exclusiva, ya de forma compartida³¹⁰.

La atribución exclusiva de la jurisdicción tributaria a uno de los firmantes, normalmente en torno al concepto de residencia, suma a la ventaja de eliminar la doble imposición la de simplificar la gestión en las rentas transfronterizas, lo cual abona la preferencia por este criterio. Las consecuencias para los PVD de esta cesión de jurisdicción tributaria no son, sin embargo, tan positivas, pues se producen transferencias impropias desde los países importadores de capital hacia los exportadores³¹¹, como ejemplifica el caso de las explotaciones mineras de Mongolia. En ausencia de tratado, el país de acogida de la inversión tiene toda la potestad de gravar, mientras que el de residencia del inversor solo tiene una jurisdicción residual³¹². El tratado altera esta situación al limitar la potestad impositiva del país de acogida de la inversión, por ejemplo, introduciendo una limitación en el gravamen de intereses, dividendos y cánones, o bien eliminándola por completo, como ocurre en las rentas de actividades económicas sin EP o en las ganancias de capital que no sean derivadas de bienes raíces.

Esta cesión de capacidad debe ser ponderada por los PVD mediante modelos econométricos, especialmente si los tratados se celebran entre países heterogéneos. Cuando se trata de relaciones más equilibradas en las que existe el mismo nivel de inversión entre los dos Estados, existe una cierta compensación, porque la recaudación que se pierde de entrada será probablemente compensada indirectamente ya que la reducción en los costes de cumplimiento consecuente al CDI conllevará un aumento de la inversión con efectos positivos para los ingresos tributarios de ambos estados contratantes. Sin embargo, si la relación no está equilibrada, como ocurre cuando los tratados se concluyen entre un Estado exportador de capital

³¹⁰ Normalmente, se sigue un esquema donde lo que importa es en primer lugar clasificar la renta. Así, si se trata de rentas de actividades empresariales, la regla general va a ser la tributación en residencia, salvo que la entidad tenga un establecimiento permanente en el otro estado, en cuyo caso va a tributar en dicho estado por las rentas atribuibles al EP. Las rentas pasivas o del capital, sobre todo intereses, dividendos y cánones van a tener normalmente una potestad compartida, con el estado de la fuente ostentando el derecho a gravar los rendimientos con un porcentaje máximo fijado en el Convenio, y el resto de rentas tributando generalmente en residencia, incluyendo las ganancias de capital.

³¹¹ Para una explicación económica del fenómeno basada en datos empíricos véase BARTHEL et al. The Impact of Double Taxation Treaties on Foreign Direct Investment: Evidence from Large Dyadic Panel Data. En *Contemporary Economic Policy* n. 3, 2009, pgs. 1-11. ISSN 1465-7287, pg. 2.

³¹² Si el país donde reside el inversor aplica en su legislación interna, como es habitual, una deducción por doble imposición internacional, los efectos van a variar en función del método de que se trate. Si utiliza un sistema de exención sobre rentas de fuente extranjera, el ingreso por impuestos que obtendría de la inversión foránea sería cero, mientras que si usa un sistema de imputación obtendría un ingreso marginal toda vez que su tipo de gravamen fuese superior al de la fuente.

y otro que lo importa, es decir, entre un país desarrollado y otro en desarrollo, la redistribución de la jurisdicción tributaria no aporta ventajas para el país en desarrollo³¹³. Uno de los efectos inmediatos de los CDIs es reducir la tributación en el origen, con efectos negativos sobre los PVD, por lo cual se ha llegado a plantear si la firma de convenios con países en desarrollo responde realmente a un comportamiento ético³¹⁴.

Desde otro punto de vista, sirven los CDIs también a una función unificadora del Derecho internacional fiscal, al promover una armonización de definiciones, algo que es positivo para los PVD. Los tratados estandarizan la noción de jurisdicción tributaria y los conceptos básicos de su aplicación, y esa armonización ya en sí es buena para reducir la doble imposición al nivel de la filial³¹⁵. Las definiciones contenidas en los CDIs se pactan entre las partes³¹⁶ y pueden llegar a diferir de las definiciones contenidas en el Derecho interno de los Estados contratantes, pero a la larga el Derecho interno tiende a adaptarse a los conceptos de los tratados, más difíciles de alterar que las normas internas.

Una función de los tratados que es importante para los países exportadores de capital es la prevención de la discriminación por razón del origen, que puede constituir un importante obstáculo a la inversión extranjera. La discriminación por razón del origen puede ser una media proteccionista efectiva, haciendo más onerosa la carga tributaria de los extranjeros, ya sea mediante las reglas de definición de la base imponible, ya sea mediante el tipo de gravamen o las deducciones. Por eso, una de las misiones de los tratados es eliminar esas medidas de política discrecional. Los Comentarios al artículo 24 señalan que la discriminación legal es legítima y que los tratados vienen a equilibrar la necesidad de evitar discriminaciones injustificadas con la de tener en cuenta diferencias legítimas³¹⁷. Las normas antidiscriminación

³¹³ Véase MCGAURAN, Katrin: *Should the Netherlands Sign Tax Treaties with Developing Countries?* [en línea] SOMO, Amsterdam, Junio 2013. ISBN: 978-94-6207-026-4 Disponible en http://www.somo.nl/publications-en/Publication_3958 [consulta 7 Febrero 2016]. Pg. 11

³¹⁴ FMI, Fiscal Affairs Department: *Revenue mobilisation in developing countries* [en línea] Consulta 1-1-2016. Disponible en <https://www.imf.org/external/np/pp/eng/2011/030811.pdf> pg. 36

³¹⁵ Véase JANEBA, Eckhard. "Foreign Direct Investment under Oligopoly: Profit Shifting or Profit Capturing?" En *Journal of Public Economics* 60, 2006 Pgs. 423-445

³¹⁶ Para los términos no definidos en el Convenio, el artículo 3, párrafo 2, del Modelo de Convenio de la OCDE establece una regla de remisión a la legislación nacional para los términos no definidos en el Convenio, con preferencia de las leyes tributarias sobre otras leyes.

³¹⁷ Cuanto más valor tenga el principio de no discriminación, menor espacio hay para el ejercicio de la soberanía, porque no se puede tratar diferente a los no nacionales (RUST, Alexander: *International Tax Neutrality and Non-Discrimination, a Legal Perspective*. En Lang *et alii*, *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*, IBFD, Amsterdam, 2010, pp. 632). Este efecto se ha visto

convencionales permiten evitar la discriminación basada en la nacionalidad (los países no pueden gravar a los extranjeros de manera más onerosa), a los apátridas, que han de recibir el mismo tratamiento que los nacionales, y a los establecimientos permanentes (que no pueden ser tratados de forma más gravosa que una empresa nacional). También protege a los pagos por intereses, cánones y otros pagos realizados por no residentes, que deben ser deducibles en las mismas condiciones vigentes para los residentes, y a las empresas propiedad de no residentes, que no deben sufrir un tratamiento peor que las poseídas por residentes. Un matiz importante es que la prohibición de discriminación se aplica a todos los impuestos, no solo a los de renta y patrimonio cubiertos por el convenio. Desde el punto de vista de la inversión internacional, esta es una de las funciones más importantes del convenio.

Otra función menos evidente pero igualmente importante es la contribución a la calidad del sistema legal e institucional de los países en desarrollo. La firma de tratados homologa el sistema jurídico de estos países con estándares internacionales, enviando a los inversores y potenciales interesados el mensaje de que el país es un miembro responsable de la comunidad fiscal internacional³¹⁸ y le dota de cierta estabilidad y transparencia. Dado que un entorno de seguridad jurídica a medio plazo es favorable a la inversión, puede concluirse que los CDIs también contribuyen de esta forma a incrementar la IED³¹⁹. Un elemento tan importante como la seguridad jurídica queda garantizado porque un CDI no es susceptible de modificación por legislación interna, sino que se requiere un procedimiento de denuncia, lo cual garantiza mayor estabilidad legal que la provista por la legislación interna. Dado que la vida media de los CDIs a nivel internacional es aproximadamente 15 años³²⁰ (algo superior en España) estos instrumentos ofrecen un entorno de mayor estabilidad que el de las normas nacionales, que raramente alcanzan esa vigencia. La previsibilidad supone que los inversores extranjeros se ahorran la “prima de riesgo soberano” debida a cambios legislativos y eso puede afectar a las decisiones de inversión. También es importante la contribución a la simplicidad. Los tratados consiguen

patente en la UE, donde la defensa de las libertades básicas dentro de la Unión Europea han reducido toda la discrecionalidad del IRNR.

³¹⁸ Así en BARTHEL *et al.* The Impact of Double Taxation Treaties on Foreign Direct Investment: Evidence from Large Dyadic Panel Data. En *Contemporary Economic Policy* n. 3, 2009, pgs. 1-11. ISSN 1465-7287

³¹⁹ Es una de las características descacadas por NEUMAYER, Eric: Do Double Taxation Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries? En *Journal of Development Studies*, vol. 43 n. 8, pgs. 1501-1519.

³²⁰ Este cálculo ha sido realizado por PICKERING, Ariane: Why negotiate tax treaties? En *Papers on selected topics in negotiation of tax treaties for developing countries*. ITC, Paper n. 1 [en línea], mayo de 2013 http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2013/05/20130530_Paper1N_Pickering.pdf [Consulta 3-1-2016] pg. 12

simplificar la carga fiscal indirecta al poner en marcha reglas e instituciones jurídicas que son conocidas y aceptadas universalmente³²¹.

Ligado con lo anterior, un factor de tipo psicológico, aunque de influencia menos precisa desde el punto de vista económico, es el prestigio del país y su reputación como destino para inversiones. La existencia de un CDI puede considerarse como un indicador de una infraestructura jurídica adecuada, y por ende de un Estado de Derecho, con seguridad jurídica y otros factores que hacen más atractiva la jurisdicción a los inversores extranjeros. En concreto, el artículo 25 permite a las Administraciones tributarias llegar a un acuerdo amistoso para interpretar el tratado o resolver los conflictos derivados de su aplicación. Incluso muchos países mejoran la seguridad jurídica aceptando acuerdos previos de valoración. Más allá, el artículo 25.5 del MCOCDE y la alternativa B del artículo 25 del MCONU contienen la posibilidad de someter las diferencias de aplicación al arbitraje, algo muy favorable para las empresas y que normalmente está ausente de los sistemas tributarios, especialmente si son de corte continental.

También los CDIs protegen la aplicación de los beneficios fiscales concedidos al inversor incluso en su país de residencia. En inversiones transfronterizas es frecuente que el país de acogida ofrezca ventajas fiscales para resultar más atractivo como destino de inversión frente a otras alternativas. Estas ventajas fiscales en el país de acogida suponen una menor tributación, pero si el país de residencia del inversor grava la renta mundial, entonces todas las rentas entran el cómputo y en cambio solo se va a deducir los impuestos efectivamente pagados. En la práctica esto significa que el ahorro fiscal concedido por el país de acogida se va a transformar en una tributación adicional en el país de residencia del inversor, con graves efectos para los países en desarrollo porque hace el incentivo fiscal básicamente ineficiente y porque además supone una transferencia de rentas regresiva hacia los países desarrollados. Las cláusulas de imputación de impuestos (*tax sparing*) solucionan este problema al disponer que en residencia se computen los impuestos de la fuente como si hubiesen sido efectivamente pagados. Los Comentarios al MCONU reconocen que la efectividad de los beneficios fiscales en el país de residencia constituyen un motivo importante para los países en desarrollo, aunque las cláusulas de imputación de impuestos son un semillero de problemas de incumplimiento, por lo que muchos países se oponen a su inclusión en los tratados³²². La OCDE, en su informe de 1998:

³²¹ Ariane Pickering, *Why negotiate tax treaties?* 2013, *Ibíd*em pg. 13.

³²² Ariane Pickering, *Why negotiate tax treaties?* 2013, *Ibíd*em pg. 14

*Tax Sparing, a reconsideration*³²³, también cuestiona su conveniencia porque generar deducciones artificiosas ofrece un recurso perfecto para los planificadores fiscales.

Sin embargo, de todas las funciones de los tratados, la que más interesa a los PVD es el fomento de la IED, por lo cual vamos a continuación a examinar la literatura que ha investigado la existencia y la intensidad de dicha correlación.

5.4.- EFECTOS DE LOS CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN SOBRE LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA

En los últimos veinte años la IED ha crecido hasta convertirse en un mecanismo clave para la financiación del desarrollo, superando al comercio y a la ayuda oficial al desarrollo. Hasta 1970, el comercio mundial creció a un ritmo mayor que el de la IED, pero en las décadas posteriores ésta ha crecido a tasas que duplican el crecimiento de las exportaciones a nivel mundial³²⁴. No sólo el flujo de IED ha aumentado en términos absolutos, sino que su importancia como fuente financiera para el desarrollo ha aumentado también significativamente. Los flujos financieros internacionales privados han suplido para los países en desarrollo las transferencias de la ayuda oficial al desarrollo, muy volátil por naturaleza y sujeta a las fluctuaciones macroeconómicas, como hemos visto en el Capítulo 3. Puesto que es durante este mismo período cuando se ha firmado la mayor parte de los CDI entre países desarrollados y en desarrollo, cabe preguntarse si estos dos fenómenos están causalmente relacionados.

Los países que han suscrito un mayor número de tratados con países desarrollados son a la vez los mayores receptores de IED. El caso paradigmático es China, que en el año 2002, cuando era un país en desarrollo en busca de inversiones exteriores, encabezaba la lista, habiendo concluido a la sazón 21 CDIs con los países de la OCDE³²⁵. Le seguían otras economías que también han progresado notablemente: las Repúblicas Checa y Eslovaca, India, Polonia y Corea del Sur, con 20 tratados cada uno, Hungría y Rumania (19), Rusia (18), Bulgaria, Indonesia, Malasia, México, Filipinas, Sudáfrica y Tailandia (17), Argentina, Letonia y Pakistán (16), Brasil, Estonia, Lituania, Marruecos y Túnez (15). Esta observación retrospectiva parece confirmar la

³²³ OCDE. *Tax Sparing, a reconsideration*. OECD Publishing. Paris, 1998, 88 pgs. ISBN 97-892-64160224

³²⁴ Datos aportados por NEUMAYER, Eric: Do Double Taxation Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?, En *Journal of Development Studies*, vol. 43 n. 8, pg. 1503.

³²⁵ Hoy China tienen firmados un total de 99 CDIs

influencia del CDI sobre la IED y, sin embargo, es engañosa porque no se cumple en todos los casos. En el grupo de países con un número intermedio de tratados había otros como Zambia (12), Bangladesh (10), Barbados, Costa de Marfil o Zimbabue (8) que no han seguido la misma evolución económica, particularmente desde el punto de vista de la atracción de IED. Esto parece confirmar que no existe necesariamente una relación directa entre la existencia de tratados y el aumento de la IED.

Para completar el análisis, hay que tener en cuenta que una parte muy importante de la IED no se canaliza preferentemente mediante CDIs, sino mediante sociedades holding situadas en paraísos fiscales, territorios que raramente tienen CDI con los países de residencia³²⁶. La principal ventaja de un CDI para el inversor es tener procedimientos amistosos de resolución de conflictos e incluso APAs, pero estos factores no son determinantes. Tal vez es más importante el hecho de que revelan una cierta calidad institucional y estabilidad jurídica, formando parte de un paquete de medidas más amplio que incluye acuerdos comerciales y de protección de inversiones recíprocas. En cualquier caso, si el aumento de la IED es la principal razón esgrimida para su firma, caben dos preguntas: ¿cómo se produce este efecto? y ¿existen evidencias empíricas de una correlación positiva entre la firma de un CDI y el aumento de la IED?

Para responder a la primera pregunta está la creencia popular de que los tratados fomentan la inversión exterior directa. Los gobiernos compiten por atraer la IED con instrumentos diversos, como la reducción de barreras arancelarias, los acuerdos de protección de inversiones y sobre todo los CDIs. Esta opinión, compartida tanto por la OCDE como por la ONU, está en la base de la progresión geométrica en la suscripción de tratados experimentada en los últimos 20 años con la globalización³²⁷. El MCONU la explica al relacionar el flujo de IED con el clima de inversión, el cual a su vez viene fuertemente influido por la prevención o eliminación de la doble tributación internacional. En consecuencia, Naciones Unidas aconseja a los países en desarrollo que firmen convenios, con el objetivo de proteger a los contribuyentes frente a la doble tributación, mejorar la libre circulación del comercio y la inversión internacional, y la

³²⁶ Véase BARTHEL *et al.* "The Impact of Double Taxation Treaties on Foreign Direct Investment: Evidence from Large Dyadic Panel Data". En *Contemporary Economic Policy* n. 3, 2009, ISSN 1465-7287, pg. 7.

³²⁷ Datos en NEUMAYER, Eric: Do Double Taxation Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?, En *Journal of Development Studies*, vol. 43 n. 8, pgs. 1505.

transferencia de tecnología³²⁸. Otros objetivos reconocidos por la ONU son evitar determinados tipos de discriminación entre inversores extranjeros y contribuyentes locales, y ofrecer un nivel razonable de seguridad jurídica y fiscal, como marco en el que se puedan realizar con confianza las operaciones internacionales.

El optimismo sobre el CDI como instrumento para atraer inversión externa ha sido ampliamente criticado por la doctrina. Para Paul Baker³²⁹, los CDI no tienen verdaderos efectos sobre la doble imposición, puesto que se elimina de igual forma mediante legislación interna por los países desarrollados, exportadores de capital, que sin excepción disponen de normas internas que van a eliminar la doble imposición aun en ausencia de un CDI. Otros han ido más allá y han negado sus pretendidos efectos de atracción de la inversión extranjera, afirmando que carecen de efectos destacables³³⁰, o incluso que producen efectos negativos, ya que uno de los elementos que se incluye en el tratado es el intercambio de información, lo que podría disuadir a determinados inversores de realizar la inversión en esa jurisdicción e ir a otra opaca en su lugar³³¹. Por el lado contrario, otros autores sí han encontrado esta correlación³³² aunque no está tan claro que haya una relación de causalidad. En cualquier caso, lo que nunca se ha analizado es el efecto neto para el país de la atracción de nuevas inversiones en comparación con la pérdida de recaudación derivada del tratado. Examinemos ahora con más detalle los estudios existentes sobre la relación entre la firma de tratados e IED.

En torno al año 2000, y en el marco de la preocupación de la financiación para el desarrollo y la consecución de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, comenzaron a publicarse estudios que trataban de demostrar si en la práctica se produce el pretendido efecto incentivador de los CDIs

³²⁸ La recomendación se produce por Resolución 1273 (XLIII) de la Asamblea General, de 3 de agosto de 1967, y está recogida en el preámbulo al MCONU.

³²⁹ BAKER, Paul: An Analysis of Double Taxation Treaties and their Effect on Foreign Direct Investment. En *International Journal of Economics of Business*, 2014 vol 21, n.3, pg. 344

³³⁰ Así lo sostienen Blonigen y Davis (BLONIGEN, Bruce y DAVIES, Ronald. The Effects of Bilateral Tax Treaties on U.S. FDI Activity. En *National Bureau of Economic Research, Working Paper Series. Working Paper n. 7929*, Cambridge Massachusetts, 2000, 37 pgs.) y COUPE, Tom, ORLOVA, Irina, y SKIBA, Alexander: *The Effect of Tax and Investment Treaties on Bilateral FDI Flows to Transition Countries*. Oxford Scholarship Online: Mayo 2009. ISBN-13: 9780195388534.

³³¹ Así se pronuncian BLONIGEN et al. (Separating the Effects of Bilateral Tax Treaties. En *National Bureau of Economic Research, Working Paper Series. Working Paper n.17480*, Cambridge Massachusetts, 2011, 21 pgs.) y EGGER et al. (The Impact of Endogenous Tax Treaties on Foreign Direct Investment: Theory and Empirical Evidence. En *Canadian Journal of Economics*, 39(3). 2006. pgs. 901-931.)

³³² Por ejemplo, BARTHEL et al. (The Impact of Double Taxation Treaties on Foreign Direct Investment: Evidence from Large Dyadic Panel Data. En *Contemporary Economic Policy n. 3*, 2009, pgs. 1-11. ISSN 1465-7287) o NEUMAYER: Do Double Taxation Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?, En *Journal of Development Studies*, vol. 43 n. 8, pgs. 1501-1519.

sobre la IED, hipótesis en que se fundamentan el MCOCDE y MCONU. Los resultados de estos trabajos son totalmente dispares e impiden llegar a conclusiones claras. Algunos confirman la hipótesis de la correlación directa, mientras otros en cambio sostienen que la IED no es función de la existencia del CDI, puesto que hoy en día la doble imposición se elimina también por legislación interna, e incluso existe una parte nada desdeñable de estudios que sostienen que la correlación es negativa, pues para ellos predominaría el desincentivo a la IED que los CDIs producen como consecuencia de la atribución a la jurisdicción local de potestades más eficaces en el combate contra la elusión fiscal internacional, especialmente mediante el intercambio de información y los precios de transferencia.

La disparidad de resultados se debe, en parte, a cuestiones de metodología. Unos estudios se han basado en un planteamiento dual, estudiando cambios en los flujos de inversión entre pares de países en relación con la variable de la existencia o no de un tratado, mientras que otros, con enfoque individual, han analizado los datos de inversión de un solo país, ya sea país de acogida (inversión entrante), o de salida (inversión saliente de un país desarrollado), para examinar si las pautas de progresión en la IED están relacionadas con los cambios en el mapa de tratados. Los estudios duales generalmente han llegado a la conclusión de que no existe relación directa entre la firma de tratados y la inversión extranjera mientras que los individuales han tendido a la conclusión contraria, es decir, han demostrado la existencia de una correlación positiva. La posible explicación para esta paradoja es que los estudios duales carecen de una base estadística suficientemente significativa mientras que los estudios individuales sí la tienen³³³. Esto abonaría la existencia de la correlación, pero la lectura de los trabajos publicados no permite llegar a una conclusión clara.

Seguramente el primer estudio digno de mención sea el de Hines³³⁴, pese a que su objetivo no era propiamente verificar la correlación positiva entre la existencia de un CDIs y el volumen de IED, sino simplemente analizar los efectos de las cláusulas de deducción del impuesto hipotético (*tax sparing clauses*)³³⁵ sobre la localización de la IED japonesa. Puesto que los CDIs

³³³ Véase BARTHEL et al. The relationship between Double Taxation Treaties and foreign Direct Investment, en *Tax Treaties, Views from the Bridge, building bridges between law and Economics*, M. Lang, P. Pistone J Suuch y C. Staringer (Eds.). Amsterdam, IBFD, 2010. pgs 7-10

³³⁴ HINES, James Jr.: "Tax Sparing" and Direct Investment in Developing Countries", *Working Paper 6728. National Bureau of Economic Research*. Cambridge, Ma. Septiembre de 1998.

³³⁵ Estas cláusulas obligan a los países exportadores de capital a deducir del impuesto en sede de residencia todos los impuestos que habría correspondido pagar en el país de la inversión, de suerte que se mantenga para la empresa la reducción de impuestos en el extranjero, pues de lo contrario, los

de EEUU han rechazado siempre las cláusulas de deducción del impuesto hipotético, Hines pudo comparar Japón y EEUU y de esta forma llegar a la conclusión de que cuando existe un Convenio con cláusula de deducción del impuesto imputado (*tax sparing*), se incrementa la inversión entre 1.4 y 2.4 veces sobre lo que habría ocurrido de otra manera. Hines observó, por tanto, diferencias entre dos tipos de tratados, pero no comparó países con convenio y sin ellos³³⁶.

El posterior estudio de Blonigen y Davies³³⁷ constituye el primer intento sistemático de calcular los efectos de los CDIs sobre la IED. Trabajando sobre una muestra de los tratados fiscales bilaterales firmados por EEUU entre 1970 y 1980, llegaron a la conclusión de que no se puede documentar la existencia de una correlación positiva. Al contrario, tomando como punto de vista la IED saliente de EEUU, hallaron que, en general, los efectos sobre la inversión extranjera directa eran insignificantes o incluso negativos. Blonigen y Davis hallaron coincidencias temporales entre la firma de un nuevo tratado y la reducción del stock de inversión, resultado contra-intuitivo que era claramente contrario a la hipótesis de partida, y demandaba por tanto una explicación. Para Blonigen y Davis la explicación a la correlación negativa se halla en que los tratados fiscales tienen por objeto más luchar contra la evasión fiscal que promover las inversiones. Por ello, se puede dar el caso de que incluso disminuya la IED si el nuevo tratado expulsa a las empresas que estaban en el país de acogida.

Algunos años después, Louie y Rousslang tampoco pudieron demostrar la existencia de una correlación directa entre niveles de inversión extranjera directa y la existencia de CDIs³³⁸. Usando datos de la declaración de Sociedades de las multinacionales americanas de 1990, calcularon la rentabilidad de sus filiales extranjeras, y luego relacionaron la tasa de retorno con la política de tratados. El único factor que Louie y Rousslang fueron capaces de documentar fue la percepción de la corrupción. Para estos autores, la existencia de instituciones transparentes y libres de corrupción en un país es el factor clave en la atracción de inversiones extranjeras³³⁹.

incentivos fiscales del país en desarrollo se transforman en ingresos adicionales en la sede de la residencia de la matriz. Véase el epígrafe anterior para una explicación más detallada.

³³⁶ Íbidem, HINES, 1998, pgs. 28-29

³³⁷ BLONIGEN, Bruce y DAVIES, Ronald. The Effects of Bilateral Tax Treaties on U.S. FDI Activity. En *National Bureau of Economic Research, Working Paper Series. Working Paper n. 7929*, Cambridge Massachusetts, 2000, 37 pgs.

³³⁸ LOUIE, Henry y ROUSSLANG, Donald J. Host-Country Governance, Tax Treaties and American Direct Investment Abroad. En *International Tax and Public Finance*, n. 15, 2008, pgs. 256-273

³³⁹ Louie y Rousslang, 2008, Íbidem, pg. 272.

Remontándose a estudios de Mauro³⁴⁰ y Wei³⁴¹, Luoie y Rousslang demuestran que las malas prácticas de gobierno y la corrupción dificultan la inversión extranjera. La lógica económica de esta conducta está en el hecho de que los sobornos no son deducibles y por tanto reducen el retorno a la inversión³⁴², además de crear incertidumbre a largo plazo. Por ello, para examinar los efectos, en lugar de fijarse en el stock de IED, se fijan en la tasa de retorno de las inversiones en el exterior. Las conclusiones de Louie y Rousslang son claras: además del tipo de gravamen del país de acogida, el factor crítico en los flujos de inversión americana hacia el exterior es la percepción de la corrupción y la calidad institucional, no la existencia de un CDI. El Convenio sería emblema de la calidad institucional, pero los tratados *per se* no son capaces de atraer más inversiones.

Un poco después, también Blonigen y Davies realizaron un análisis de flujos de salida de IED bilateral hacia países en desarrollo, aunque ampliando su estudio a la inversión saliente de todos los países de la OCDE, y concluyeron, para el período 1982-1992, que la existencia de CDIs se asocia en efecto con mayores flujos de IED bilateral, pero a medida que los CDI van cumpliendo años, van perdiendo su efecto de atraer IED e incluso pueden llegar a resultar negativos³⁴³.

Siguiendo con sus análisis, Davis examinó los 20 tratados firmados por EEUU entre 1996 y 2000, y de nuevo obtuvo como resultado la inexistencia de efectos significativos sobre la inversión extranjera en o a partir de esas 20 jurisdicciones³⁴⁴. No obstante, conviene anotar que 19 de ellos eran países desarrollados y por tanto las pautas de inversión ya estaban maduras, por lo cual las inversiones son posiblemente mucho menos susceptibles a la existencia del tratado. Además, Davis insiste en el desincentivo para los inversores que constituye el refuerzo de los mecanismos de lucha contra el fraude consecutivos a la firma de tratados.

³⁴⁰ MAURO, Paolo. Corruption and Growth. En *The quarterly Journal of Economics*, vol. 110, n. 3. Agosto de 1995, pgs. 681-712

³⁴¹ WEI, Shang-Jin. How taxing is corruption on International investors? En *The Review of economics and Statistics*, Vol. 72, n.1, Febrero de 2000 <http://users.nber.org/~wei/data/wei2000a/wei2000a.pdf>

³⁴² Los autores tienen en cuenta que entre 1977 (fecha en que entra en vigor en EEUU la Ley de Prevención de la Corrupción en el Extranjero) hasta 1999, EEUU es el único país de la OCDE que prohíbe expresamente los sobornos a las autoridades extranjeras. Por consiguiente, al no ser deducibles fiscalmente las cantidades pagadas como sobornos la tasa de retorno ha de ser necesariamente superior.

³⁴³ BLONIGEN, Bruce y DAVIES, Ronald: Do Bilateral Tax Treaties Promote Foreign Direct Investment? En *National Bureau of Economic Research, Working Paper Series*. Working Paper n. 8834, Cambridge Massachusetts, 2002

³⁴⁴ DAVIES, Ronald. Tax Treaties, Renegotiations and Foreign Direct Investment. En *Economic Analysis and Policy*. Vol 33, n. 2, Septiembre 2003.

Al año siguiente, Blonigen y Davies ampliaron el análisis a los 88 tratados firmados por EEUU (por tanto un estudio dual) en el período 1980-1999 y ratificaron que los tratados concluidos por los EEUU durante el período examinado no tuvieron ningún efecto estadísticamente significativo en el mejor de los casos y en el peor de ellos tuvieron un efecto negativo³⁴⁵. Davies, confirmando los hallazgos de estos dos estudios, además demuestra que la misma falta de efectos notorios ocurre cuando se renegocian tratados³⁴⁶.

Egger et al.³⁴⁷, desde otro punto de vista pero también con metodología dual, documentaron también efectos negativos de los CDIs. Su método consistió en comparar los datos de IED dos años antes de la firma del tratado y dos años después, en un estudio que abarca el período 1985-2000. Para estos autores la explicación a la correlación negativa está también en las cláusulas anti-abuso y anti-elusión, especialmente en el artículo 9 que permite los ajustes por precios de transferencia. Estas conclusiones, sin embargo, como observa Baker³⁴⁸, no son demasiado sólidas, pues para que exista control de las inversiones de MNEs a través del examen de los precios de transferencia no es necesario que haya un CDI, basta con que la legislación interna establezca potestades de regularización mediante precios de transferencia. Al contrario, el efecto sería positivo si contiene una cláusula como la del artículo 9.2 del MCOCDE que permite precisamente la eliminación de la doble imposición en tal caso. Baker también resta importancia al argumento del intercambio de información, que se suele también argüir como elemento explicativo de la restricción a la voluntad de invertir. Para Baker no hay que olvidar que las comprobaciones inspectoras de multinacionales se hacen mayoritariamente al nivel de las filiales en el estado convenido y muy raramente se acude al intercambio de información en estos procedimientos.

En 2004 Davis, en compañía de Blonigen, amplió su estudio a 23 países, usando estadísticas de la OCDE en el periodo 1982-1992. En este caso los autores sí vieron que existía una correlación positiva, aunque distinguiendo entre los nuevos tratados, que sí tienen un cierto potencial, y la

³⁴⁵ BLONIGEN, Bruce y DAVIES, Ronald: The Effects of Bilateral Tax Treaties on U.S. FDI Activity. En *International Tax and Public Finance*, n 11, 2004, pgs. 601-622

³⁴⁶ DAVIES, Ronald. Tax Treaties and Foreign Direct Investment: Potential versus Performance. *International Tax and Public Finance*, n. 11, 2004, pgs. 775-802

³⁴⁷ EGGER, Peter, LARCH, Mario, PFAFFERMAYER, Michael y WINNER, Hannes. The Impact of Endogenous Tax Treaties on Foreign Direct Investment: Theory and Empirical Evidence. En *Canadian Journal of Economics*, 39(3). 2006. pgs. 901-931.

³⁴⁸ BAKER, Paul: An Analysis of Double Taxation Treaties and their Effect on Foreign Direct Investment. En *International Journal of Economics of Business*, 2014, pg., 348

Ubaldo González de Frutos

Equidad horizontal y tratados fiscales

renegociación de antiguos tratados, que carece de efectos significativos, o que incluso puede tener efectos negativos³⁴⁹.

Di Giovanni analizó la IED, pero limitada a los casos de fusiones y adquisiciones transfronterizas. Este punto de vista es una consecuencia lógica del cambio de paradigma en la IED que llevó a sustituir las inversiones *ex novo* en el país de acogida por adquisiciones de empresas existentes en los mercados locales³⁵⁰. En este contexto, Di Giovanni estudió las fusiones y adquisiciones consecutivas a la firma de un CDI. Su estudio incorporó innovaciones metodológicas, pues utilizó la ecuación gravitatoria, y por tanto superaba la metodología dual de estudios anteriores para adoptar un enfoque individual. Computando datos de 193 países durante el período de 1990 a 1999, Di Giovanni llegó a la conclusión de que la existencia de un CDI se asocia en efecto a un incremento de las fusiones y adquisiciones transfronterizas, el cual va a llevar normalmente asociado un incremento efectivo de la IED. Este resultado, que contradice la serie de estudios de Davis, puede deberse, de acuerdo con la hipótesis de Barthel *et al.*³⁵¹ a que el estudio de Di Giovanni tiene una base estadística mucho mayor, y la amplitud de la muestra corregiría los sesgos de selección presentes en las muestras, mucho más limitadas, analizadas por Davis en estudios duales.

Egger *et al.*, de nuevo con metodología dual, estudiaron los flujos de inversión entre los años 1985 y 2000, con un indicador de propensión marcado por la existencia de CDI. Su conclusión es también que existe una relación negativa³⁵², pero Baker también ha criticado la fiabilidad de este estudio considerando que tiene sesgos³⁵³.

Eric Neumayer³⁵⁴, tomó una muestra muy amplia, tanto por el número de países (114 convenios de EEUU y 120 jurisdicciones de acogida de inversiones) como por el periodo (entre 1970 y

³⁴⁹ BLONIGEN, Bruce y DAVIES, Ronald. The Effects of Bilateral Tax Treaties on U.S. FDI Activity. En *International Tax and Public Finance*, 11(5), Septiembre de 2004, pgs. 601-622

³⁵⁰ DI GIOVANNI, Julian: What Drives Capital Flows? The Case of Cross-Border M&A Activity and Financial Deepening. En *Journal of International Economics*, n. 65, 127-149. 2005

³⁵¹ BARTHEL, et al. The relationship between Double Taxation Treaties and foreign Direct Investment, en *Tax Treaties, Views from the Bridge, building bridges between law and Economics*, M. Lang, P, Pistone J Suuch y C. Staringer (Eds.). Amsterdam, IBFD, 2010. pgs. 3-18.

³⁵² EGGER, Peter, LARCH, Mario, PFAFFERMAYER, Michael y WINNER, Hannes. The Impact of Endogenous Tax Treaties on Foreign Direct Investment: Theory and Empirical Evidence. En *Canadian Journal of Economics*, 39(3). 2006. pg. 922.

³⁵³ Paul BAKER: An Analysis of Double Taxation Treaties and their Effect on Foreign Direct Investment, 2014, *Ibíd.*, pg. 363

³⁵⁴ NEUMAYER, Eric: Do Double Taxation Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?, En *Journal of Development Studies*, vol. 43 n. 8, pgs. 1501-1519.

2001), y su conclusión fue que sí existe una correlación positiva entre CDI e IED. Neumayer quiso en primer lugar eliminar los problemas que hasta entonces habían venido sufriendo estudios anteriores, y que él cifraba en dos: la presencia simultánea en la muestra de países desarrollados y de países en vías de desarrollo³⁵⁵, lo que enturbia el análisis porque las decisiones de IED normalmente se basan en razones distintas en ambos grupos de países³⁵⁶ y en segundo lugar, porque hasta entonces se habían venido utilizando casi exclusivamente datos de inversiones recíprocas entre países en desarrollo y EEUU, lo que hacía la muestra demasiado restrictiva y no representativa para otros países de la OCDE. Esto no importaría demasiado, arguye Neumayer, si por el otro lado la muestra de países en desarrollo cuyos datos están disponibles fuese aleatoria, pero este no es el caso porque para los países en desarrollo solo existen datos si tienen mucha población o una renta per cápita relativamente alta, lo cual excluye al conjunto de países más pobres, aquellos para los cuales la conclusión de un CDI podría ser un recurso importante para atraer inversores extranjeros. Para solucionar ambas limitaciones, Neumayer creó una muestra más amplia de países desarrollados y en desarrollo. Los efectos que detecta Neumayer son claros: la existencia de un CDI incide en la IED con un incremento de aproximadamente el 34 por ciento. Los países más desarrollados, más poblados, con recursos naturales, con buena calidad institucional y con acuerdos comerciales de protección recíproca de inversiones experimentan un efecto de IED incluso superior. Sin embargo, las conclusiones de Neumayer no son universales, pues al mismo tiempo, y de manera algo sorprendente, no encontró correlación significativa para las economías emergentes de rápido crecimiento. Para estos ni la tasa de inflación ni la existencia de un tratado bilateral de protección de inversión tiene efectos significativos. En otras palabras, según el análisis de Neumayer, los CDI son solo efectivos en el grupo de los países de rentas medias, no en los de rentas bajas. En el caso concreto de EEUU, la conclusión de un CDI es susceptible de aumentar el volumen de IED por parte de inversores estadounidenses en un 22 por ciento y el porcentaje de accionistas extranjeros en un 20 por ciento³⁵⁷.

³⁵⁵ como ocurre en Blonigen y Davies, *ibídem*, 2002 y 2004, y en Egger et al. , *ibídem*, 2004.

³⁵⁶ Como sostienen Bruce Blonigen y Miao Wang, (BLONIGEN, B. y WANG, M.: Inappropriate Pooling of Wealthy and Poor Countries in Empirical FDI Studies. En *National Bureau of Economic Research*. Working Paper No. 10378. Washington DC. 2004. DOI: 10.3386/w10378)

³⁵⁷ Eric NEUMAYER: Do Double Taxation Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?, 2014, *Íbidem* pgs. 1520-1521

Para Coupe *et al.*³⁵⁸, sobre una muestra de 17 países exportadores de capital y 9 países de acogida e inversiones entre 1990 y 2001, con metodología dual y atendiendo a la existencia no solo de CDI sino también de tratados de protección de inversiones, los efectos positivos se compensan con los negativos, siendo el resultado neutro.

Davies, Norbäck y Tekin-Koru han estudiado los efectos de la firma de CDIs sobre las multinacionales suecas y, en línea con estudios anteriores, también llegan a la conclusión de que apenas existen evidencias de que la suscripción de tratados incremente el flujo de operaciones entre entidades de un grupo multinacional³⁵⁹. Estos autores, sin embargo, al utilizar datos a nivel de empresa y filiales, han logrado diferenciar entre nuevas inversiones (a las que denominan el *margen extensivo*) y el incremento de operaciones entre entidades de un grupo ya existentes (que denominan el *margen intensivo*). Los resultados del estudio anuncian que para las entidades ya existentes el margen intensivo es prácticamente inexistente, pero que se observa un cierto crecimiento en el stock de inversión nueva en el país, es decir, en el margen extensivo. Para las multinacionales ya existentes el único efecto que detectan es que la firma de un tratado reduce las exportaciones a la matriz a la vez que aumenta la importación de productos intermedios provenientes del grupo. La razón es que el CDI puede afectar al tipo de gravamen efectivo de la filial residente, y entonces sí se producen cambios de integración vertical.

Taro Ohno ha examinado los efectos de los CDIs de Japón sobre la inversión exterior nipona³⁶⁰. En su estudio examina los 13 tratados con países asiáticos concluidos por Japón entre 1981 y 2003, para llegar a la conclusión de que los tratados nuevos sí tienen una clara influencia favorable al aumento de inversiones mientras que las renegociaciones de tratados prácticamente no añaden nada a la situación inversora existente. También estudió las inversiones en países con los que no se había suscrito tratado para ver si la firma de tratados producía efecto de sustitución sobre terceros países, y tampoco documentó efectos significativos.

³⁵⁸ COUPE, Tom, ORLOVA, Irina, y SKIBA, Alexander: *The Effect of Tax and Investment Treaties on Bilateral FDI Flows to Transition Countries*. Oxford Scholarship Online: Mayo 2009. ISBN-13: 9780195388534.

³⁵⁹ DAVIES, Ronald, NORBÄCK, Per-Johan y TEKIN-KORU, Ayca. The Effect of Tax Treaties on Multinational Firms: New Evidence from Microdata. En *Research Institute of Industrial Economics*. Estocolmo, 2010, pg. 29

³⁶⁰ OHNO, Taro. Empirical Analysis of International Tax Treaties and Foreign Direct Investment. En *Public Policy Review*, Vol 6 No 2, Marzo 2010. Policy Research Institute, Ministerio de Finanzas, Japón.

Barthel, Busse y Neumayer³⁶¹, en un análisis mucho más complejo, llegaron a la conclusión de que existe una correlación positiva entre CDIs e IED. Su hipótesis es que la variable dependiente (IED) aumentará a media que aumente la variable independiente (CDIs). Sin embargo, en el análisis de regresión se introduce no solo la variable independiente (CDI) sino muchas otras variables independientes que podrían llegar a afectar la variable dependiente (IED). La técnica del estudio se fundamenta así en el llamado “panel de datos” que compara la evolución de las variables entre un numero de pares de países estadísticamente significativo y durante un numero suficientemente largo de años. Así, la técnica permite depurar factores ajenos a la existencia del tratado, como la proximidad geográfica o la lengua común. La base estadística de Barthel *et alii* incluye 35 países de residencia de inversores, incluyendo diez que son países en desarrollo, y 105 países de acogida de inversiones, de los cuales 84 son países en desarrollo, con un periodo de tiempo muy amplio, abarcando entre 1978 y 2004. La ecuación gravitatoria de Barthel *et alii* incluye otras cinco variables: PIB total, PIB por habitante, índice de inflación, apertura comercial (ratio de importaciones/exportaciones), existencia de un acuerdo regional de comercio y existencia de un acuerdo de protección de inversiones. El resultado es que todas las variables, excepto la inflación, tienen un efecto positivo en la IED. Las economías de destino potentes³⁶² y con suficiente estabilidad macroeconómica son un destino preferido para inversores. Si además existe un acuerdo regional de comercio y un acuerdo bilateral de protección de inversiones, el resultado se incrementa en aproximadamente un 30 por 100 por cada uno de estos factores. El impacto de un CDI es también positivo, aunque no tan significativo, pues para Barthel está en torno al 24,6%.

Una vez demostrada la existencia de correlación positiva, Barthel se pregunta hasta qué punto se trata de un factor exógeno o endógeno, pregunta que es clave para la decisión política. Para hallar la respuesta Barthel se fija en las economías de China y otros países asiáticos como Vietnam, que al pasar del modelo centralizado a la economía de mercado despiertan la atracción de los inversores. La inversión internacional empieza a estar interesada en una determinada economía, y sus proyectos se estimulan o garantizan cuando se anuncia la firma de un tratado. En este sentido, existe una cierta correlación entre el tratado y la inversión extranjera directa, pero el tratado en sí no es la causa del cambio, sino un factor agregado a otro más importante que es el cambio político o macroeconómico. Es decir, el tratado es una variable endógena, inducida

³⁶¹ BARTHEL, Fabian. BUSSE, Matthias, y NEUMAYER, Eric. The Impact of Double Taxation Treaties on Foreign Direct Investment: Evidence from Large Dyadic Panel Data. En *Contemporary Economic Policy* n. 3, 2009, pgs. 1-11. ISSN 1465-7287.

³⁶² Medida en términos de PIB agregado y PIB per cápita

por el cambio general en la estructura económica. Otro ejemplo similar es el de los países de la órbita soviética. Al cambiar a la economía de mercado se produce un cambio significativo, y los tratados internacionales (de protección de inversiones o de doble imposición) efectivamente aumentan la inversión extranjera, pero no lo hacen de modo autónomo sino como parte de un proceso político, sus efectos actúan en el margen, reduciendo el riesgo soberano o prima país³⁶³. La demostración de que un CDI es un factor endógeno se halla en que la inversión entre países con CDIs vigentes se canaliza normalmente mediante sociedades pantalla en paraísos fiscales, y por tanto, obviando las ventajas del CDI. El tratado no es un elemento clave en la inversión, son otros elementos los que determinan la atracción como destino de inversiones.

Paul Baker³⁶⁴, trabajado con datos para el periodo 1991-2006, y eliminando errores metodológicos identificados en estudios precedentes, demuestra que no existe ningún efecto entre los CDIs y la IED, y aporta una explicación plausible: los países desarrollados tienen normas internas que eliminan la doble imposición aun en ausencia de CDIs. Para llegar a esta conclusión amplió el ámbito del estudio no solo a la existencia de tratado en sí, sino también a la legislación interna, evidenciando que las normas de intercambio de información y de precios de transferencia tienen existencia en la legislación interna con independencia del convenio. También demuestra que tampoco existe efecto negativo. Para Baker la falta de correlación entre los tratados y la IED debería hacer reflexionar a los políticos en los países en desarrollo antes de firmar un tratado, en particular si los otros efectos (intercambio de información, indicación de que la jurisdicción acoge favorablemente a los inversores extranjeros, etc.) compensan los costes.

En suma, nuestra conclusión es que no está nada claro que haya una relación directa entre CDIs e IED, y aun en el caso de que la hubiera, no sería significativa, como demuestra el estudio de Neumayer, tal vez el más fiable tanto por la amplitud de la muestra en número de países y periodo cubierto como por la metodología. Para Neumayer en el mejor de los casos se puede conseguir un incremento del 22 por ciento de la IED³⁶⁵, pero este resultado no está garantizado y también el resultado puede ser prácticamente nulo, especialmente si no hablamos de países de rentas medias, sino de rentas bajas.

³⁶³ BARTHEL et al. The relationship between Double Taxation Treaties and foreign Direct Investment, en *Tax Treaties, Views from the Bridge, building bridges between law and Economics*, M. Lang, P. Pistone J Suuch y C. Staringer (Eds.). Amsterdam, IBFD, 2010. Pg. 16.

³⁶⁴ *Ibidem.*, pgs. 352 a 364

³⁶⁵ NEUMAYER, Eric: Do Double Taxation Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?, En *Journal of Development Studies*, vol. 43 n. 8, pg. 1521

5.5.- LA RELACION ENTRE LOS CONVENIOS FISCALES Y LOS TRATADOS DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES

Un elemento muy importante que conviene contemplar en el análisis son los Tratados recíprocos de protección de inversiones (TPI). Los CDIs son, en efecto, un instrumento político para atraer IED, pero no son el único, pues a su lado están otros mecanismos bilaterales (Tratados de protección de inversiones) o unilaterales (Regímenes fiscales preferentes para inversores extranjeros). En la práctica, los CDI frecuentemente³⁶⁶ van acompañados de tratados bilaterales de protección de inversiones, en cuya virtud los países en desarrollo conceden una protección jurídica reforzada al inversor exterior, como la no discriminación o incluso la discriminación inversa, concediendo un tratamiento más favorable al nacional del otro estado, la cláusula de nación más favorecida, disponiendo que los privilegios concedidos inversores extranjeros en cualquier otro TPI sean automáticamente extensibles a los sujetos cubiertos por el tratado que contenga dicha cláusula, las garantías de indemnización en caso de expropiación, la libertad de repatriación de inversiones y otros beneficios legales más genéricos como la justicia, la equidad o la prevención de la corrupción.

La misma cuestión que se ha examinado más arriba sobre si los CDIs aumentan la IED se ha examinado también respecto de los acuerdos de libre comercio o de protección de inversiones, con un resultado parecido, pues se ha producido una similar disparidad en la literatura, hasta el punto de que aún a fecha de hoy existen pocas evidencias de que, *ceteris paribus*, la firma de un TPI incremente significativamente los flujos comerciales. Esta cuestión es importante no solo porque se puede establecer un paralelismo entre los dos tipos de tratados y por tanto, lo que se demuestre para uno puede predicarse como hipótesis para otro, sino también porque en los casos en que se hayan firmado los dos tipos de tratado entre dos países, pues habría que distinguir hasta qué punto el incremento de la inversión extranjera directa se puede atribuir a uno u otro³⁶⁷. De hecho, Coupé *et al.*³⁶⁸ y Siegman³⁶⁹, han estudiado los efectos de los TPI y de los CDI conjuntamente sobre la IED.

³⁶⁶ no así en el caso español

³⁶⁷ NEUMAYER, Eric y SPESS, Laura: Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries? En *World Development*, 33 (10), 2005, pgs. 1567-1585.

³⁶⁸ COUPE, Tom, ORLOVA, Irina, y SKIBA, Alexander: *The Effect of Tax and Investment Treaties on Bilateral FDI Flows to Transition Countries*. Oxford Scholarship Online: Mayo 2009. ISBN-13: 9780195388534.

A los efectos de nuestro estudio, la importancia de considerar los efectos de los TPI es que es también un tipo de acuerdo que limita la soberanía de los países anfitriones de la inversión, con resultados que pueden ser contrarios a la equidad internacional.

La racionalidad económica de los TPI es interesante. Parte de la observación de que la IED que no se halla protegida por un TPI tiene sobre sí la amenaza de la apropiación de los resultados de la inversión por parte del gobierno del país de acogida³⁷⁰. La apropiación se produce por la pérdida de la capacidad de negociación del inversor externo una vez que ya ha materializado el proyecto, y puede llegar a agravarse por dos razones: la selección adversa y la inconsistencia temporal³⁷¹. El concepto de selección adversa alude al hecho de que los gobiernos de acogida de las inversiones pueden haber mantenido su verdadera filosofía sobre la IED en secreto, y sólo empezar a revelarla una vez que la inversión se ha materializado. La inconsistencia temporal, por el contrario, alude a la dicotomía entre los intereses políticos del gobierno de acogida, que son esencialmente cortoplacistas, frente al largo plazo que de modo natural caracterizaría a la inversión extranjera. El gobierno de acogida, que va a estar en el poder como mucho 4 o 5 años, tendrá incentivos para alterar los términos de los acuerdos cuando en ese corto plazo pueda obtener beneficios que superen a los costes a largo plazo. En este escenario, incluso los países con tratados en vigor tendrían incentivos para alterar los términos de los acuerdos existentes, y lo único que les frena es la pérdida de credibilidad que ello ocasionaría, con el consiguiente freno a inversiones futuras. Por tanto, los TPI cumplen dos objetivos básicos, uno de atracción de la inversión (mediante el efecto llamada o de credibilidad) y otro de mantenimiento de las inversiones existentes, que agrava los costes a largo plazo en que incurre el país de acogida si incumple los acuerdos. Mediante la provisión de seguridad jurídica a largo plazo, los TPI son capaces de garantizar que las decisiones económicas tienen mayor racionalidad y por tanto eficiencia.

³⁶⁹ SIEGMANN, Till: The impact of Bilateral investment Treaties and Double Taxation on Foreign Direct Investments. *University of St. Gallen Law School and Economics Research Papers Series, Working Paper No. 2008-22*. 2008

³⁷⁰ Este proceso puede tener lugar de muchas maneras, desde una subida de impuestos o tarifas arancelarias a la pura expropiación de los intereses económicos de los inversores extranjeros, pasando por cambios regulatorios, imposición de tasas, medidas discriminatorias a nivel legislativo o de aplicación de la ley de forma más severa para inversores extranjeros, medidas de legislación laboral, restricciones de control de cambios y transferencia de fondos, entre otras posibles.

³⁷¹ Véase BELLAK, Christian: How Bilateral Investment Treaties Impact on Foreign Direct Investment: A Meta-analysis of Public Policy. Draft Version prepared for MAER Network Colloquium. Univeristy of Greenwich, London. Agosto 2013, pg. 8

Guzman ha definido la función de los TPI como una forma de solventar el problema del compromiso³⁷² garantizando la seguridad jurídica. El problema del compromiso o de la inconsistencia dinámica se refiere a la situación en que un compromiso adoptado formalmente en un momento concreto carece de incentivos intrínsecos para mantenerse y por tanto ha de apoyarse en mecanismos externos de refuerzo, vigilancia o sanción. En un escenario donde las partes del compromiso tienen la misma ley nacional, el sistema jurídico provee esos mecanismos. En un contexto internacional hay que recurrir a mecanismos de Derecho internacional público.

En una situación de inversión transfronteriza hay un compromiso inicial que se asume por las autoridades del país de acogida hacia el inversor, ofreciéndole condiciones favorables para que realice la inversión, tales como incentivos fiscales, dispensa de limitaciones comerciales, compromiso de facilitar o permitir la repatriación de beneficios u otros similares. Sin embargo, una vez que la inversión está hecha, los incentivos para el país de acogida se dirigen hacia el cambio del *status quo*. El país de acogida tendrá la tentación de aumentar su participación en los beneficios por distintos mecanismos, incluyendo un incremento impositivo³⁷³, y el inversor sabe que existen altas probabilidades de que esto ocurra, puesto que el coste de desinvertir es elevado. Es decir, el inversor no puede marcharse sin más, sino que tendrá que hacer frente a costes adicionales, al menos hasta el límite del importe de la desinversión.

Esta situación de infidelidad al compromiso está suficientemente descrita en la literatura y es conocida de antemano por las dos partes. El país de acogida puede cambiar, y probablemente lo hará, las leyes para incrementar su participación en las rentas de la inversión, pudiendo llegar desde subidas de los tipos de gravamen, endurecimiento de la legislación reguladora (laboral, medioambiental, de control de cambios), limitaciones comerciales, llegando incluso la expropiación pura y simple. Para ello ni siquiera es requisito la mala fe, el incentivo a cambiar las condiciones es simplemente el resultado de una ley económica. El país de la inversión, cualquiera que sea, carece de la credibilidad necesaria en esta situación si no existe un mecanismo de Derecho internacional que refuerce el cumplimiento del compromiso.

³⁷² En palabras de Guzman “*the Hold-up Problem*”, en un extraordinario artículo sobre cómo los países autolimitan su soberanía. Andrew T. GUZMAN: “Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties”, [en línea] En *Virginia Journal of International Law*, Vol. 38, pp 639-688. 1 de enero de 1997. Disponible en <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1903&context=facpubs> [Consulta 7 Febrero 2016]. Pg. 658.

³⁷³ que Guzman denomina la expropiación lenta (*creeping expropriation*). Íbidem, Guzman, 1997, pg. 664.

Es cierto que existen costes en esta actitud que van a limitar de modo natural los deseos de cambiar las condiciones. El más evidente de ellos es el coste en reputación. Los empresarios que hayan presenciado una expropiación tendrán mucho cuidado a la hora de realizar inversiones futuras en el mismo país. Otro coste más difuso pero probablemente importante es el drenaje de capital humano si se produce una expropiación. Los gerentes y los cuadros de mayor responsabilidad probablemente serán sustituidos y esto pondrá en dificultades la continuidad del negocio. Ciertamente, los costes de la expropiación pura y simple pueden llegar a ser elevados, lo que hace que sea más probable que exista una especie de expropiación lenta que incluye los aumentos de los tipos de gravamen, restricciones la repatriación de beneficios, imposición de condiciones laborales y reglamentaciones nuevas en varias materias. La expropiación lenta es también un método apreciado porque probablemente no provoque sanciones a nivel internacional, pues va a ser difícil discernir hasta qué punto un país está cambiando las condiciones de la inversión o está ejercitando su legítimo derecho a gobernar.

Dado que la empresa es consciente de todo este problema, va a demandar garantías en Derecho internacional público, y es aquí donde surgen los tratados de protección de inversiones recíprocas, aunque es justo decir que la protección contra el problema de la inconsistencia temporal se alcanza también por medio de los CDIs, un hecho que no ha sido normalmente reconocido por la doctrina.

Pero los CDI y los TPI tienen muy diferente origen y significado histórico. Los CDI son mucho más antiguos, pues el primero moderno –el tratado entre Austria-Hungría y Prusia de 1899– predata en 60 años al tratado de inversiones mutuas más antiguo, que se firmó entre Alemania y Pakistán en 1959. Del mismo modo, hasta finales de la década de 1960, los CDI se firmaron principalmente entre países desarrollados, aunque desde entonces el número de tratados concertados entre países desarrollados y en desarrollo y, en menor medida, entre países en desarrollo, ha crecido sin cesar³⁷⁴. La difusión de los TPI ha seguido una evolución parecida³⁷⁵.

³⁷⁴ Al final de la década de los 60 había 322 CDIs, que ascendieron a 674 a finales de los 70 y a 1.143 a finales de la década de 1980. El número de CDIs en todo el mundo creció rápidamente en la década de 1990, llegando a 2.255 en 2002 (UNCTAD, 2003) y superando los 3.000 en la actualidad. Véase también EASSON, Alex: “Do We Still Need Tax Treaties?”. En *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 54, pgs. 619-625. 2000.

³⁷⁵ NEUMAYER, Eric y SPESS, Laura: Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries? En *World Development*, 33 (10), 2005, pgs. 1567-1585, y FITZGERALD, Valpi: International Tax Co-operation and Capital Mobility. [en línea] *Oxford*

También es claro que las organizaciones multilaterales, como la Sociedad de las Naciones (más tarde las Naciones Unidas) y la Organización para la Cooperación Económica Europea (más tarde la OCDE) promovieron los CDIs desde mucho antes que los TPI. Sin embargo, a pesar de las disparidades en cuanto a su origen, en la actualidad juegan un papel similar como instrumento político de fomento de inversiones externas.

Ahora bien, a la hora de demostrar la eficacia como motor de la inversión exterior, los pretendidos efectos de los TPI distan mucho de estar claramente establecidos. En esto, no existe diferencia con los CDIs. Desde que en 1962 el Premio Nobel Jan Tinbergen analizó por vez primera los efectos de un TPI sobre los flujos comerciales –llegando a la conclusión de que los efectos no son significativos– todos los estudios posteriores se han esforzado por demostrar la correlación, si bien sus resultados han sido generalmente insatisfactorios. Algunos estudios citados por Baier y Bergstrand³⁷⁶ encontraron que la pertenencia a la Comunidad Económica Europea había surtido un efecto positivo significativo sobre los flujos comerciales entre los Estados miembros, mientras que, en sentido contrario, otros demostraron que los efectos habían sido insignificantes. Tampoco eran concluyentes los estudios de Frankel *et al.* sobre las áreas económicas, pues en Mercosur le parecían relativamente positivos, en el Pacto Andino los consideraba prácticamente insignificantes, e incluso sostuvo que los de la pertenencia a la UE eran negativos, de donde dedujo que la conclusión de un tratado no es la razón del incremento de los flujos comerciales. Para Frankel *et al.* el éxito de la UE se explica por otros factores naturales, no por la pertenencia a la Unión Aduanera, que tuvo escasos efectos por lo menos hasta 1980³⁷⁷.

En sus propios estudios, Baier y Bergstrand³⁷⁸ han sostenido que los efectos de los TPI son significativos. Según estos autores, el efecto de suscribir un acuerdo de libre comercio es que los flujos comerciales se duplican al cabo de diez años, como término medio, desde la suscripción. No obstante, estos resultados se han obtenido aplicando una metodología diferente para el análisis. Si tradicionalmente los análisis de impacto de los TPI se han realizado a partir de la llamada “ecuación gravitatoria”, Baier y Bergstrand utilizaron en su lugar la metodología

Development Studies, 30 (3), 2002, Pgs. 251-266. Disponible en <http://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/1360081022000012680> [consulta 7 Febrero 2016]

³⁷⁶ Véase BAIER, Scott, y BERGSTRAND, Jeffrey: Do Free Trade Agreements Actually Increase Members' International Trade?. En *Journal of International Economics*, 71, Elsevier, 2007, pg. 73.

³⁷⁷ FRANKEL, Jakob, RAZIN, Assak, y SADKA, Efraim: *International Taxation in an Integrated World*. Cambridge, MIT Press. ISBN: 9780262512145. 1991, 251 pgs.

³⁷⁸ Scott Baier y Jeffrey Bergstrand, 2007, *Ibid.*, Pg. 92.

del panel de datos, y abandonaron la hipótesis de que la política comercial sea una variable exógena, como se había venido sosteniendo hasta entonces. El TPI puede ser la consecuencia, no la causa del aumento de la IED. Se precisarían por tanto nuevos estudios que confirmasen la hipótesis de Baier y Bergstrand.

Bellak³⁷⁹, en un ejercicio relativamente reciente sintetizando estudios anteriores, ha comparado 295 trabajos, realizando un análisis sobre los datos contenidos en dichos estudios (es decir, un meta-análisis), gracias a lo cual ha considerado en su estudio aproximadamente 1.500 tratados, aproximadamente la mitad de los existentes. La disparidad de resultados de estos estudios, así como los porcentajes relativos de cada una de las opiniones son bastante ilustrativos de la naturaleza del problema. Los resultados según Bellak son:

Tabla 5: Conclusiones de estudios sobre efectos de los TPI sobre la IED

Tipo de efectos	Número	Porcentaje
Negativos y estadísticamente significantes	6	2,0
Negativos aunque estadísticamente no insignificantes	27	9,2
Positivos aunque estadísticamente insignificantes	38	12,9
Positivos y estadísticamente significantes	224	75,9
Total	295	

Los resultados, a la luz de este análisis, son más concluyentes. Igual que ocurre en los CDIs, en los TPI los países de acogida renuncian a parte de su soberanía a cambio de recibir inversión extranjera. Lo que está en cuestión es la racionalidad económica de este *quid pro quo*, lo que ganan los países en desarrollo con ello. En realidad, igual que los CDI, los TPI son una decisión política adoptada de forma intuitiva o por imitación, con la esperanza de que surta los mismos efectos que en otro país vecino, o simplemente bajo la presión de un entorno de competitividad con otros gobiernos.

³⁷⁹ BELLAK, Christian: How Bilateral Investment Treaties Impact on Foreign Direct Investment: A Meta-analysis of Public Policy. Draft Version prepared for MAER Network Colloquium. Univeristy of Greenwich, London. Agosto 2013

5.6.- ¿DEBEN FIRMAR TRATADOS LOS PAÍSES EN DESARROLLO?

Como ha quedado en evidencia en el repaso a la literatura, pese a la creencia común de que los CDIs estimulan la inversión, en la práctica este efecto es difícil de documentar y, si efectivamente se produce, tiene un coste que tampoco se ha cuantificado. Esto ha llevado a algunos autores a cuestionar la conveniencia de que los países en desarrollo firmen Convenios³⁸⁰.

El número de CDIs que tiene un país es, según Hines y Willard³⁸¹, función de tres parámetros básicos. En primer lugar, la historia, con una fuerte tendencia a suscribir tratados entre países que en su día formaron parte del mismo imperio colonial. En segundo lugar, el tamaño de la economía del país, pues los países más importantes económicamente hablando tienden a tener un mayor número de acuerdos en vigor, ya que hay economías de escala para la inversión extranjera cuando el mercado gana en amplitud, y las autoridades tienden a favorecer la internacionalización de las inversiones de sus residentes. Por último, la política nacional: cuanto más baja es la inflación y más alta la fiscalidad sobre los rendimientos antes del tratado, mayores son las posibilidades que se suscriban CDIs.

La competitividad internacional y la movilidad de los factores sujetos a imposición son también factores determinantes³⁸². La IED busca la mayor rentabilidad en forma de recursos productivos, mercados, activos estratégicos, o ganancias de eficiencia³⁸³. Cuando hay un componente alto de factores móviles (capital, intangibles), la competitividad es muy alta y no lo es tanto cuando los recursos productivos son inmuebles (por ejemplo, recursos minerales o incluso turísticos) o trabajo, donde la competencia internacional para deslocalización de inversiones existe pero en menor proporción. Los tratados son un instrumento para adquirir ventajas competitivas después

³⁸⁰ Es el caso de BAKER, Paul: An Analysis of Double Taxation Treaties and their Effect on Foreign Direct Investment. En *International Journal of Economics of Business*, 2014 vol 21, n.3, pgs. 364 o de EASSON, Alex: "Do We Still Need Tax Treaties?" En *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 54, pgs. 619-625. 2000.

³⁸¹ HINES, James y WILLARD, Kristen: *Trick or treaty? Bargains and surprises in international tax agreements*. Working Paper. Harvard University, 1992.

³⁸² WILSON, John Douglas: Theories of Tax Competition [en línea]. En *National Tax Journal* 52, 269-304. 1999. Disponible en <http://www.socsci.uci.edu/~jkbrueck/course%20readings/Econ%20272B%20readings/wilson%20ntj.pdf> y FUEST, Clemens, HUBER, Bernd y MINTZ Jack: *Capital mobility and tax competition: a survey*. CESifo Working Paper 956, 2003.

³⁸³ BELLAK, Christian: How Bilateral Investment Treaties Impact on Foreign Direct Investment: A Meta-analysis of Public Policy. Draft Version prepared for MAER Network Colloquium. Univeristy of Greenwich, London. Agosto 2013. Pgs. 8-9.

Ubaldo González de Frutos

Equidad horizontal y tratados fiscales

de impuestos, y cuando un gobierno consigue establecerse como un marco ventajoso para la inversión internacional (por ejemplo, Isla Mauricio vs. India, Chipre vs. Rusia), el gobierno pretende mantenerla, no limitarla, y otros imitan los ejemplos de éxito. El *treaty shopping* es así una consecuencia natural del escenario competitivo.

Una explicación a la firma de convenios es, en ocasiones, la pertenencia a organizaciones internacionales o zonas regionales de libre comercio. Los Estados de la OCDE, por ejemplo, están obligados a concluir tratados con otros estados miembros por recomendación expresa del Consejo de la OCDE³⁸⁴. En el ámbito de Naciones Unidas, también se estimula a los países en desarrollo a entrar en negociaciones³⁸⁵. La Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN) recomienda igualmente la firma de Tratados, y lo mismo hace la South African Development Community³⁸⁶. Frecuentemente los CDIs se incluyen en el marco de negociaciones bilaterales más amplias, incluyendo acuerdos comerciales o de inversiones, o simplemente respondiendo a presiones políticas ejercidas por canales diplomáticos.

Negociar tratados es una actividad costosa, sobre todo para los países en desarrollo, porque la negociación requiere invertir tiempo y otros recursos escasos a lo largo del proceso conducente a alcanzar un acuerdo sobre el texto del CDI, así como en el proceso de ratificación interna, que normalmente va a exigir una tramitación parlamentaria y en algunos casos además un dictamen del Tribunal Constitucional. A este coste se suma otro más importante, como es la merma de los ingresos fiscales una vez entran en vigor los tratados, puesto que, de entrada, los convenios van a establecer exenciones a la tributación de rentas en la fuente, o tipos privilegiados de retención inferiores al tipo general normalmente vigente. Este efecto es inmediato para los dos países convenidos, cualquiera que sea su nivel de desarrollo, pero el efecto económico se agrava cuando uno de los contratantes es un país en desarrollo, pues entonces el flujo de inversiones y rentas es asimétrico y, habida cuenta de que los CDIs favorecen la tributación en residencia en detrimento de la fuente, la parte contratante que mayor pérdida de recaudación afronta es el país en desarrollo.

³⁸⁴ OECD Council: Recommendation of the Council concerning the Model Tax Convention on Income and on Capital, C(97)195/FINAL

³⁸⁵ Así lo hace la Resolución 1273 (XLIII) de la Asamblea General, de 3 de agosto de 1967, recogida en el preámbulo al MCONU.

³⁸⁶ Memorando de Entendimiento en materias fiscales, firmado en 2002.

En definitiva, en la medida en que se limita la potestad impositiva del país de la fuente, nace una transferencia regresiva de rentas desde el país en desarrollo al desarrollado³⁸⁷. Las retenciones en la fuente, por ejemplo, se convierten en el país de residencia en créditos por impuestos pagados. En ausencia de convenio, los impuestos pagados en el extranjero son más altos y los créditos por impuestos pagados en la fuente son también mayores. En cambio, una vez vigente el convenio, los créditos son inferiores y la empresa va a ingresar más en el país desarrollado.

En la medida en que los CDIs reflejen posiciones asimétricas (y más de la mitad de los más de 3.000 CDIs existentes en el mundo³⁸⁸ se han celebrado entre países desarrollados por un lado y en desarrollo o en transición por el otro) la cuestión de la regresividad adquiere mayor relieve. Aunque el desarrollo de las economías emergentes, aupado por la competitividad de sus bajos costes de producción y por los costes de las materias primas y productos energéticos, ha multiplicado los flujos de inversión sur-sur e incluso ha desarrollado un flujo considerable sur-norte, la mayoría de las corrientes de inversión directa siguen proviniendo de países desarrollados, y por tanto la cuestión de la regresividad de los tratados sigue teniendo la misma vigencia, aunque Paul Baker ha advertido que, pese a la solidez del argumento de la regresividad implícita en la aplicación de los convenios, su evidencia empírica puede ser mucho más difícil de lograr³⁸⁹. La IED es, por definición, de larga duración, por lo que las inversiones van a generar bases imponibles que van a tributar en el país de acogida mediante la creación de filiales o de establecimientos permanentes, no en forma de rentas pasivas.

Otros costes implícitos en los CDIs son la limitación del margen de maniobra del legislador, ya que su firma implica la recepción en el sistema interno de una serie de principios generales del Derecho internacional tributario como puede ser, por ejemplo, el principio de libre concurrencia. Los Convenios limitan también el margen de aplicación de políticas proteccionistas basadas en la discriminación por razón del origen, y a la vez limitan las

³⁸⁷ Así lo sostiene DAGAN, Tsilly: Just Harmonization. En *University of British Columbia Law Review*, 42, septiembre de 2010, pg. 337.

³⁸⁸ No existe una institución común que sea depositaria de los CDIs, y por tanto es difícil el recuento de los existentes. La cifra de 3000 se ofrece, por ejemplo, por el Instituto de Censores Jurados de Cuentas de Inglaterra y Gales, ICAEW (<http://www.icaew.com/en/library/key-resources/double-tax-treaties>). La base de datos más completa es la del International Bureau of Fiscal Documentation, IBFD, que no especifica el número de CDIs que contiene, aunque según su publicidad, su base de datos contiene 10.000 documentos, incluyendo también acuerdos de intercambio de información y de Seguridad Social, protocolos, enmiendas, acuerdos suplementarios y canjes de notas (<http://www.ibfd.org/IBFD-Products/Tax-Treaties-Database>).

³⁸⁹ Véase BAKER, Paul: An Analysis of Double Taxation Treaties and their Effect on Foreign Direct Investment. En *International Journal of Economics of Business*, 2014 vol 21, n.3, pgs. 364.

posibilidades de reformas futuras ya que la denuncia de los convenios es infrecuente y engorrosa. Otros riesgos derivados de la firma de convenios son la introducción de amplias posibilidades de planificación fiscal basadas en el abuso del convenio, como el *Treaty Shopping* o la creación de esquemas de doble exención, cuestión que se ha abordado por la Acción 6 del Plan de Acción de BEPS. También implican un problema práctico en su aplicación ya que son una materia compleja y especializada y requiere un aparato administrativo muy desarrollado, con capital humano especializado que es difícil de cultivar y mantener, particularmente en países en desarrollo³⁹⁰. El personal que trabaja en estas unidades es de lo más cualificado de la administración, y esto supone también un coste de oportunidad. Otras consecuencias para la administración con consecuencias de complejidad y costes directos son los procedimientos amistosos, los acuerdos previos de valoración y los procedimientos de intercambio de información.

En este contexto, en definitiva, la cuestión es si existen razones económicas suficientes que justifiquen la firma de CDIs para países en desarrollo, que son normalmente los importadores netos de capital. De hecho, la cuestión de si los países en desarrollo deberían o no firmar tratados está lejos de tener una respuesta única³⁹¹. El ganador inmediato en un CDI es el país donde residen los inversores, porque el Convenio le atribuye potestad tributaria sobre rentas del capital y sobre ciertas modalidades de rendimientos empresariales y plusvalías que de otro modo no tendrían.

Tradicionalmente se ha sostenido que el crecimiento económico inherente al aumento esperado de la inversión extranjera directa será suficiente compensación³⁹², en forma de transferencias de conocimiento y tecnología, incremento del empleo, crecimiento económico, mejora de la calidad de vida y, a medio plazo, mayores ingresos fiscales derivados de este mismo

³⁹⁰ Para suplir estas carencias se ha publicado recientemente el Manual de Naciones Unidas sobre la administración de convenios de doble tributación para países en desarrollo. ONU: *Manual de las Naciones Unidas en temas específicos sobre la administración de convenios de doble tributación para países en desarrollo*. [en línea], 2015. Disponible en http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2015/04/UN_Handbook_DTT_Sp.pdf [consulta 21 de marzo de 2016]

³⁹¹ Para una revisión de la literatura, véase EASSON, Alex: "Do We Still Need Tax Treaties?" En *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 54, pgs. 619-625, 2000.

³⁹² Esta concepción tampoco es pacífica. Existen opiniones que defienden lo contrario, por ejemplo Zhang y Zhang (2003), quienes argumentan que la desigualdad regional inducida por los CDI es un efecto indeseable. La IED podría resultar en un beneficio neto, pero para ello no sería suficiente con un CDI sino que han de concurrir otros factores de tipo político o institucional (por ejemplo, un sistema financiero bien desarrollado) para que la IED tenga un efecto significativo en el crecimiento económico.

crecimiento económico. De este modo, la línea de pensamiento oficial de las Naciones Unidas desde 1967 es que los CDIs son beneficiosos porque permiten aumentar la IED, pero hay que hacer un análisis de coste/beneficio caso por caso.

Los CDIs son, como conclusión, un acto político y por tanto el enfoque exclusivamente económico no es suficiente. Para garantizar que el Estado queda en condiciones de aplicar efectivamente su política tributaria nacional y así aplicar de forma efectiva el principio de equidad internacional, cualquier negociación y firma de tratados tiene que examinarse en un contexto que abarque objetivos y elementos condicionantes más amplios que el objetivo genérico de atraer inversión extranjera. Importante es considerar condicionantes internos, como la política establecida desde el Ministerio de Hacienda, o externos, como las relaciones diplomáticas, que frecuentemente sirven de correa de transmisión de presiones desde la otra parte³⁹³.

5.7.- CONCLUSIONES

Los países en desarrollo ven en los tratados fiscales un instrumento de competitividad en la atracción de inversión extranjera para potenciar el desarrollo económico y la creación de empleo, pero al firmarlos autolimitan el ámbito de aplicación de su soberanía tributaria. Los resultados de una mala política de firma de tratados pueden llegar a causar un deterioro serio a la equidad internacional, incluso aunque se logren erradicar las prácticas de *Treaty Shopping* y otros abusos en virtud de la Acción 6 del Plan de Acción de BEPS³⁹⁴. En una economía globalizada, muy abierta y competitiva, los gobiernos compiten con instrumentos diversos, con reducción de barreras arancelarias y regulatorias, Acuerdos de Protección de Inversiones o CDIs, con la extendida creencia de que éstos fomentan la inversión extranjera directa por el mero hecho de su existencia. Esta opinión, explícita tanto en el Modelo de la OCDE como en el de la ONU, es la razón de la progresión geométrica en la suscripción de tratados por países en desarrollo en los últimos 20 años³⁹⁵. La prevención o eliminación de la doble tributación internacional, sostiene la doctrina oficial de la OCDE y la ONU, mejora el clima de inversión y

³⁹³ PICKERING, Ariane: Why negotiate tax treaties? En *Papers on selected topics in negotiation of tax treaties for developing countries*. ITC, Paper n. 1 [en línea], mayo de 2013 Pg. 18 http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2013/05/20130530_Paper1N_Pickering.pdf [Consulta 3-1-2016]

³⁹⁴ OCDE: *Preventing the Granting of Treaty benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 Final Report*. OECD Publishing Paris, 2015. ISBN 978-92-64-24120-6. 101 pgs.

³⁹⁵ Como señala Neumayer (NEUMAYER, Eric: Do Double Taxation Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries? En *Journal of Development Studies*, vol. 43 n. 8, pg. 1505).

éste aumenta el flujo de la inversión extranjera directa. Los acuerdos para prevenir la doble imposición además evitan la discriminación entre inversores por razón de su origen y aumentan la seguridad jurídica y la calidad del sistema tributario, favoreciendo un marco que permite el florecimiento del comercio y la inversión internacionales.

En estas funciones de fomento de la inversión extranjera a través de la mejora de la calidad del sistema legal y del incremento de la seguridad jurídica, los tratados fiscales comparten sus cualidades con los de protección de inversiones, pues ambos son susceptibles de atraer la inversión mediante el efecto llamada o de credibilidad y de mantenerlas mediante la provisión de seguridad jurídica a largo plazo, y de hecho en muchas ocasiones uno y otro se negocian en paralelo. En cualquier caso, la supuesta relación entre la existencia de tratados, fiscales o de protección recíproca de inversiones, con el incremento de la inversión extranjera directa funciona mejor a un nivel intuitivo que en la práctica, como han demostrado los numerosos estudios que han examinado esta cuestión sin llegar a una respuesta definitiva. Algunos autores han encontrado la existencia de dicha correlación³⁹⁶, e incluso la han cuantificado de manera precisa³⁹⁷; pero otros, en cambio, han sido incapaces de documentar la relación de causalidad³⁹⁸ e incluso algunos han encontrado evidencias de que la conclusión de un tratado fiscal de hecho reduce el nivel de inversiones en lugar de aumentarlo³⁹⁹.

Contemplar esta disparidad de resultados invita como mínimo a la prudencia, e incluso algunos cuestionan la conveniencia de que los países en desarrollo firmen convenios⁴⁰⁰. Es posible que

³⁹⁶ BARTHEL, et al. The relationship between Double Taxation Treaties and foreign Direct Investment, en *Tax Treaties, Views from the Bridge, building bridges between law and Economics*, M. Lang, P. Pistone J Suuch y C. Staringer (Eds.). Amsterdam, IBFD, 2010. pgs. 3-18. y OHNO, Taro. Empirical Analysis of International Tax Treaties and Foreign Direct Investment. En *Public Policy Review*, Vol 6 No 2, Marzo 2010. Policy Research Institute, Ministerio de Finanzas, Japón

³⁹⁷ Como hace Neumayer, que estima que la firma de un tratado con EEUU hace que se incremente el volumen de IED desde EEUU al país de que se trate en un 22%. (NEUMAYER, Eric: Do Double Taxation Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries? En *Journal of Development Studies*, vol. 43 n. 8, pg. 1521).

³⁹⁸ Es el caso de Paul Baker (BAKER, Paul: An Analysis of Double Taxation Treaties and their Effect on Foreign Direct Investment. En *International Journal of Economics of Business*, 2014 vol 21, n.3, pgs. 364.), Blonigen y Davis, (BLONIGEN, Bruce y DAVIES, Ronald. The Effects of Bilateral Tax Treaties on U.S. FDI Activity. En *National Bureau of Economic Research, Working Paper Series. Working Paper n. 7929*, Cambridge Massachusetts, 2000, 37 pgs.), Louie y Rousslang (LOUIE, Henry y ROUSSLANG, Donald J. Host-Country Governance, Tax Treaties and American Direct Investment Abroad. En *International Tax and Public Finance*, n. 15, 2008, pgs. 256-273)

³⁹⁹ EGGER *et al.* The Impact of Endogenous Tax Treaties on Foreign Direct Investment: Theory and Empirical Evidence. En *Canadian Journal of Economics*, 39(3). 2006. pgs. 901-931.

⁴⁰⁰ Dice Tsilly Dagan: “Los tratados no son necesarios para prevenir la doble imposición. En su lugar, sirven a objetivos mucho menos heroicos, como limitar las cargas burocráticas o aproximar los

la razón de haber documentado resultados neutros o incluso negativos se deba a defectos metodológicos, como la carencia de una base estadística suficientemente significativa⁴⁰¹, pero en cualquier caso es evidente que la falta de una conclusión clara y tajante sobre la existencia de la correlación aconseja moderar del optimismo acerca de la eficacia de este instrumento de política fiscal internacional.

Pero los CDIs son, ante todo, una manifestación de la política del Gobierno y por tanto el enfoque exclusivamente económico no es suficiente. La negociación y firma de tratados tiene que examinarse en un contexto más amplio que la mera atracción de la inversión extranjera. La relación entre inversión extranjera y la firma de un convenio no se ha examinado hasta ahora en términos de financiación para el desarrollo y de la garantía de la equidad entre naciones. Al contrario, en los estudios existentes parece asumirse que la inversión extranjera directa y la movilización de recursos nacionales son dos magnitudes independientes. No es así: los flujos para el desarrollo son finitos y el aumento de uno de ellos supone que una merma en uno o varios de los demás, actuando como vasos comunicantes. Este efecto está claro en relación a los Tratados, pues la entrada en vigor de un CDI supone mayor financiación privada pero menor capacidad de movilización de recursos nacionales. Mantener una capacidad razonable de recaudación sobre los inversores externos supone poder contribuir mejor a la movilización de recursos nacionales.

En consecuencia, los países en desarrollo no pueden utilizar los Convenios como receta de política fiscal sin un análisis profundo de coste-beneficio, pues puede que la pérdida recaudatoria consecutiva al Convenio no se compense con las ventajas esperadas. Ahora bien, la competitividad internacional y la movilidad de los factores de producción son profundos determinantes de la política financiera exterior de los países en desarrollo, y los tratados son un instrumento para adquirir ventajas competitivas después de impuestos a que ningún gobernante está dispuesto a renunciar. De aquí surge la evidencia de la necesidad de la acción colectiva para corregir los fallos de este mecanismo político.

*términos de la legislación de dos países, y pueden tener consecuencias mucho más cínicas, como producir una distribución regresiva de la renta de los países pobres a los ricos". (DAGAN, Tsilly. "The Tax Treaties Myth". En *New York University Journal of International Law and Policy*, 32, Nueva York, 2000, pgs. 939-996. [en línea, disponible en [enlace](#), consulta 25.1.2016], pg. 2.*

⁴⁰¹ Como sostienen Barthel et al., *The relationship between...* ibídem, pg. 10, y Ronald Davis (DAVIES, R.: *Tax Treaties, Renegotiations and Foreign Direct Investment*. En *Economic Analysis and Policy*. Vol 33, n. 2, Septiembre 2003)

6.- Equidad vertical y redistribución internacional

6.1.- INTRODUCCIÓN

En este capítulo abordamos la dimensión vertical de la equidad, planteándonos hasta qué punto cabe una función redistributiva en la fiscalidad internacional. Partiendo de la base de que el régimen actual basado en los CDIs produce una distribución de la renta en el mejor caso neutral, en el peor regresiva, se plantea la posibilidad de buscar un camino hacia un sistema más equitativo donde la distribución de las potestades tributarias incorporen una cierta progresividad. Se trata de una cuestión compleja porque en la práctica exigiría galvanizar un acuerdo político y acordar mecanismos correctores que se antojan de muy difícil implementación.

La progresividad, entendida como una contribución proporcionalmente superior en razón de una mayor capacidad de pago, es un rasgo inherente a todos los sistemas tributarios nacionales, pero se encuentra ausente del sistema fiscal internacional. El criterio de progresividad podría inspirar una distribución más equitativa de la jurisdicción tributaria, de suerte que los recursos nacionales fueran crecientes cuanto más necesitado de financiación para el desarrollo se encontrase el país.

En este capítulo abordamos los criterios de residencia y fuente, un asunto clásico en el mundo de la fiscalidad internacional, aunque tradicionalmente bajo el prisma de la eficiencia mientras que aquí lo examinamos bajo el enfoque de la justicia. También acudimos a los fundamentos de la teoría del derecho internacional para construir un sistema de distribución de competencias más progresivo.

La arquitectura de la fiscalidad internacional vigente, basada fundamentalmente en los CDIs concluidos de acuerdo con el MCOCDE y MCONU, ni incluye de modo explícito entre sus fundamentos la idea de la equidad en la atribución de potestades jurisdiccionales, ni mucho

menos atiende al criterio de la progresividad para introducir medidas correctoras al desequilibrio entre países desarrollados y en desarrollo, aunque las preocupaciones redistributivas son un elemento clásico en cualquier debate nacional sobre reforma impositiva. Por consiguiente, sostiene Dagan que sería natural que la fiscalidad internacional se interesara por cuestiones de justicia redistributiva⁴⁰², y sin embargo, dejando a salvo algunos trabajos señeros como los de Cappelen⁴⁰³, el tema la redistribución como raramente se trata en la doctrina en esta área, a pesar de los Objetivos de Desarrollo del Milenio y de toda la teoría sobre la movilización de recursos nacionales.

En este contexto, la cuestión clave que abordamos en este capítulo es la posible existencia de los mecanismos técnicos y políticos que permitirían construir una relación más equitativa en materia de fiscalidad internacional⁴⁰⁴.

Como hemos visto en el Capítulo 2, el derecho internacional fiscal está construido fundamentalmente a partir del objetivo de la eficiencia, un concepto económico. Como ha indicado Avi-Yonah⁴⁰⁵, es el resultado de la influencia de los cuatro economistas comisionados en 1923 por la Sociedad de las Naciones⁴⁰⁶ para realizar los trabajos del Modelo de Convenio de 1928. Aunque Graetz ha matizado la tesis de Avi-Yonah, haciendo notar que la equidad es

⁴⁰² DAGAN, Tsilly. Just Harmonization. En *University of British Columbia Law Review*, 42, septiembre de 2010, pg. 2

⁴⁰³ Cappelen sostiene la noción de que el principio de residencia que prevalece en el derecho tributario actual favorece a los países ricos, lo cual supone un planteamiento regresivo. Véase CAPPELEN, Alexander: *The Moral Rationale for International Fiscal Law*. En *Ethics & International Affairs*, Vol. 15, n. 1, Marzo 2001. Pg. 101. También, del mismo autor, *National and International Distributive Justice in Bilateral Tax Treaties*. 56. En *FinanzArchiv*, NF 424, 1999. pgs. 424-442.

⁴⁰⁴ La consecución de la equidad vertical, de ser posible, sólo lo será en un determinado contexto político. Como señalan Caamaño y Calderón, las consideraciones metajurídicas siempre han formado parte de la configuración de la política fiscal de los Estados, pero en la actualidad los principios clásicos y constitucionales de igualdad/capacidad económica, progresividad y redistribución se han visto flexibilizados y sacrificados como consecuencia de las tensiones a que somete la globalización a los Estados; CAAMAÑO ANIDO, M.A. y CALDERÓN CARRERO, J.M. *Globalización Económica y poder tributario. ¿Hacia un nuevo derecho tributario?* En REDE n. 114, 2002, págs. 179-209.

⁴⁰⁵ La preeminencia de los principios económicos en detrimento de otros jurídicos se ha sostenido por AVI-YONAH, Reuven: "The Structure of International Taxation: A Proposal for Simplification", En *Texas Law Review*, 74, 1996. Pgs. 1301-1303.

⁴⁰⁶ El profesor Edwin R.A. Seligman, de los Estados Unidos, Sir Josiah Stamp, del Reino Unido, el Profesor G.W.J. Bruins, de los Países Bajos, y el Professor Luigi Einaudi de Italia. Véase GRAETZ, Michael J.: "The "Original Intent" of US International Taxation". En *Faculty Scholarship Services* [en línea] Vol. 46, 1997, pg. 1074. Disponible en <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=dlj> [Consulta: 15 enero 2016]

también un principio fundamental en el nacimiento del sistema fiscal internacional⁴⁰⁷, el hecho de que los trabajos de la Sociedad de las Naciones recayeron en economistas y no en juristas explica la preeminencia de los principios económicos⁴⁰⁸. Por eso, aunque encontramos importantes principios jurídicos, como el de no discriminación, el de soberanía o el de cooperación internacional en la aplicación de los tributos⁴⁰⁹, no hallamos con carácter general un principio de equidad entre naciones. Siguen prevaleciendo los clásicos principios económicos de neutralidad en la exportación de capitales, o principio de la eficiencia mundial, y neutralidad en la importación de capitales o neutralidad desde el punto de vista del país anfitrión de las inversiones, principios que procuran una mayor eficiencia económica, pero no prestan atención alguna a la cuestión de qué país haya de ostentar la capacidad activa de imponer el gravamen. Ciertamente es que la opción por la neutralidad en la exportación de capitales justifica el gravamen en residencia⁴¹⁰, mientras que la neutralidad importadora abona fundamentalmente la tributación en la fuente, y que esta dicotomía tiene consecuencias sobre la equidad, pero en términos estrictamente económicos la equidad carece de espacio en este análisis. Obviamente, este resultado es claramente insatisfactorio a la luz de los debates sobre financiación para el desarrollo en el contexto de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas.

La situación de partida, aquejada de la carencia fundamental de un principio de equidad, se ve agravada por factores sobrevenidos. De un lado, el cambio de modelo en los países desarrollados, que avanza hacia un modelo de territorialidad⁴¹¹ superando la tradicional tributación por renta mundial, afecta a la forma en que se aplica la neutralidad en la exportación

⁴⁰⁷ M. GRAETZ: "The "Original Intent" of US International Taxation", 1997. *Íbidem*, pg. 1027.

⁴⁰⁸ En fechas relativamente recientes se prestado atención a la reconciliación de los principios económicos y los jurídicos. Es el caso de Kim Brooks en BROOKS, K.: *The Potential of Multilateral Tax Treaties. En Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*, Michael Lang et. al. eds., IBFD, 2010.

⁴⁰⁹ Véase LÓPEZ ESPADAFOR, Carlos María. *Principios Básicos de Fiscalidad Internacional*. Marcial Pons, Madrid, 2010.

⁴¹⁰ Existe también el argumento de que la neutralidad en la exportación de capitales protege a los países en desarrollo al garantizar un tipo más o menos elevado de tributación agregada para la multinacional en cualquier caso. El argumento es que, si no existiera el gravamen adicional en residencia para la matriz, los inversores tendrían un fuerte incentivo para negociar tratamientos fiscales favorables en el país de la fuente, acelerando a la carrera a la baja de la competitividad fiscal. Para Pistone, éste es un argumento cínico (*Tax Treaties with developing Countries: a plea for new allocation rules and a combined legal and economic approach*, *Íbidem*, 2010, pg. 416).

⁴¹¹ Según el FMI, Japón y Reino Unido son los países más recientes en haber abandonado el modelo de renta mundial en favor de otro territorial. De los 34 países de la OCDE, sólo 8 mantienen un sistema de renta mundial, Corea, Chile, EEUU, Grecia, Irlanda, Israel, México y Polonia. Véase MATHESON, Thornton; PERRY, Victoria y VEUNG Chandara: *Territorial vs. Worldwide Corporate Taxation: Implications for Developing Countries*. FMI Working Paper 13/205. International Monetary Fund. Octubre 2013, pg. 4.

Ubaldo González de Frutos

Equidad vertical y redistribución internacional

de capitales⁴¹². De otro, el fenómeno de la planificación fiscal internacional deja sin sentido en la práctica a ambas teorías económicas sobre la neutralidad de exportación e importación de capitales. En este escenario, emerge el Objetivo 10 de los ODS de Naciones Unidas⁴¹³, que se une a otras organizaciones internacionales que reclaman mayor equidad en la fiscalidad internacional⁴¹⁴. Un factor redistributivo en el sistema complementaría por el lado del ingreso las políticas de cooperación de los países desarrollados, que ya disponen de amplios programas de ayuda al desarrollo que generan transferencias de recursos a los países en desarrollo, mientras paradójicamente siguen exigiendo impuestos sobre las rentas generadas en dichos territorios⁴¹⁵.

Abordar la equidad vertical supone examinar la dicotomía entre residencia y fuente como principios de atribución de la jurisdicción en fiscalidad directa en hechos impositivos que tienen una conexión internacional. Más allá de los fundamentos económicos, examinamos las cuestiones de equidad implícitas en una u otra opción, un punto de vista mucho menos frecuente que el económico en la literatura sobre residencia y fuente. La opción tiene consecuencias sobre la posible función redistributiva del sistema fiscal internacional, pero el entendimiento actual en torno al Modelo de Convenio de la OCDE deja poco espacio a las propuestas que,

⁴¹² CBI, un Consejo Asesor de la Hacienda británica, lo explica de este modo: “A nivel internacional, los regímenes fiscales han evolucionado hacia una base territorial de gravamen por ser una forma de imposición más simple y eficiente. El sistema fiscal del Reino Unido estaba originariamente fundado en los principios de renta mundial, pero ha cambiado a la territorialidad, que es el modelo que ahora predomina. El cambio se produjo tras el estudio por una comisión no partidista y responde a preocupaciones importantes sobre el hecho de que el modelo de renta mundial estaba poniendo a las empresas británicas en situación de desventaja y favoreciendo que la propiedad de las mismas fuera extranjera en lugar de nacional”. Véase CBI: *The UK Corporation Tax System: 12 misunderstood concepts*. [en línea] CBI, The Voice of Business. 2013. Disponible en http://www.cbi.org.uk/media/2049172/tax_misunderstood_concepts.pdf [Consulta 5 febrero 2016] Pg. 11

⁴¹³ “En las negociaciones efectuadas en la Conferencia Rio + 20 celebrada en 2012 se tomaron en cuenta estos acontecimientos y se llegó a la conclusión de que no se podría avanzar en la implantación de un nuevo paradigma de desarrollo si no se consideraba el efecto negativo de las desigualdades en todos los niveles de las sociedades y entre los países”. Véase ONU : *Objetivos de Desarrollo Sostenible. 17 Objetivos para transformar nuestro mundo* [en línea], disponible en <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/> [Consulta 5 de noviembre de 2016]

⁴¹⁴ La Comisión Europea en su comunicación de junio de 2015 sobre la reforma de la imposición societaria incluye la noción de justicia en su título. UE, *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: A Fair and Efficient Corporate Tax System in the European Union: 5 key Areas for Action*. Bruselas 17 junio 2015 COM(2015)32 Final

⁴¹⁵ Pistone, “Tax Treaties with developing Countries: a plea for new allocation rules and a combined legal and economic approach”. *Íbidem*, 2010, pg. 424.

ocasionalmente, se han realizado para introducir la progresividad⁴¹⁶ en el sistema internacional de los Convenios. Por ello es necesario acudir a la Filosofía del Derecho Internacional para encontrar fundamentos más trascendentes.

El Proyecto BEPS no consideró entre sus objetivos la posible incorporación de mecanismos redistributivos. Al contrario, prefirió posponer el debate entre residencia y fuente y la distribución de las potestades tributarias⁴¹⁷. Residencia y fuente son los criterios básicos para atribuir la jurisdicción fiscal a los países firmantes del convenio, y existe un acuerdo elemental en que la prevalencia de la tributación en la fuente beneficia al país en desarrollo en tanto que la residencia lo hace al país de la matriz.

Residencia y fuente son también los criterios utilizados en la legislación nacional para determinar el punto de conexión de la renta con el territorio. En unos casos es la residencia del perceptor de la renta, en otros casos es el hecho de que los elementos económicos productores de las rentas están situados en el territorio (lugares de extracción de recursos naturales, factorías, comercios, etc.). En la práctica no encontramos ningún sistema basado en uno solo de los criterios, sino en una mezcla de ambos, como ocurre en España, y así los residentes, personas físicas y jurídicas, están sujetos al impuesto personal por razón de su residencia, mientras que a la vez los no residentes van a estar sometidos a gravamen por las rentas que tengan su fuente en el territorio nacional. Este doble criterio de sujeción es fuente de situaciones de doble imposición internacional a la vez que la preferencia por el criterio de residencia discrimina a los países en desarrollo, dando lugar a una distribución de la renta que Dagan ha calificado de

⁴¹⁶ Por ejemplo, los Musgrave proponían en 1972 que los tipos de gravamen en la fuente fueran inversamente proporcionales al nivel de renta per cápita de cada uno de los países contratantes (véase Brooks, *Inter-nation Equity*,..., 2008, ibidem, pg. 23).

⁴¹⁷ “*En el cambiante entorno de la imposición internacional, una serie de países han expresado su preocupación por el modo en que los estándares internacionales en que se basan los tratados bilaterales distribuyen las potestades impositivas entre los países de la fuente y de residencia. Este Plan de acción se centra en solucionar la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios. Aunque las acciones para combatir la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios restaurarán la imposición tanto en la fuente como en la residencia en una serie de casos en que, de otro modo, los ingresos transfronterizos quedarían sin gravar o lo estarían con muy baja imposición, estas acciones no están directamente dirigidas a cambiar los estándares internacionales actuales sobre la distribución de las potestades impositivas respecto de los ingresos transfronterizos*”. OCDE. *Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, [en línea]. París, OECD Publishing, 2014. 49 pgs. ISBN 978-92-64-20780-6. Disponible en <http://dx.doi.org/10.1787/9789264207813-es> [consulta 25.1.2016], página 13.

Ubaldo González de Frutos

Equidad vertical y redistribución internacional

regresiva⁴¹⁸, con transferencias desde países de la fuente, normalmente en desarrollo, hacia aquellos donde residen las matrices, transferencias que el supuesto incremento de las inversiones consecutivo a la firma de un tratado, con las limitaciones que hemos examinado en el capítulo precedente, no llegan a compensar. Los CDIs se convierten así potencialmente en una rémora para la capacidad recaudatoria del Impuesto de Sociedades en las jurisdicciones que los suscriben, e incluso en aquellas que no lo hacen, habida cuenta de los efectos secundarios que producen sobre terceros, como han sido descritos por el FMI⁴¹⁹.

El desequilibrio entre las potestades tributarias de países desarrollados y en desarrollo no se debe a una mala voluntad de los primeros, sino que tiene más bien raíces sistémicas, relacionadas con el marco habitual de la negociación bilateral de convenios. Ciertamente, en el esquema vigente la parte más fuerte económicamente tiene más posibilidades de obtener un resultado favorable a sus intereses porque ambas asumen como un postulado de la negociación que el tratado tiene por objetivo mejorar el clima para la inversión en el país en desarrollo y que la desfiscalización de las rentas procedentes del país de la fuente es el mejor camino para fomentar esa inversión. El país en desarrollo entra por tanto en la negociación con un determinismo que le lleva a asumir que el objetivo del tratado es la cesión de soberanía en la fuente, y que por tanto la negociación tiene como objetivo limitar esa cesión, no impedirla.

Este determinismo se refleja finalmente en los resultados: la tributación en residencia se impone en detrimento de la fuente y la cuestión se concreta en cuánta soberanía se ha cedido. Partiendo de estas premisas, la desfiscalización deteriora las posibilidades financieras de ambos, pero especialmente de la parte de la fuente, que suele ser la más necesitada, de forma que el Convenio acentúa la situación de desequilibrio en lugar de reconducirla. La situación de negociación bilateral, en lugar de buscar un escenario multilateral, acentúa el desequilibrio del resultado, y por ello abordaremos el multilateralismo en el capítulo siguiente, aunque en teoría cualquiera de los dos modelos puede ofrecer un punto de equilibrio distinto. En efecto, sería ingenuo identificar la progresividad con un instrumento multilateral. Como enseña la teoría de los juegos, el beneficio teórico de una potencial acción concertada se concede con cierta

⁴¹⁸ DAGAN, Tsilly: "The Tax Treaties Myth". En *New York University Journal of International Law and Policy*, 32, Nueva York, 2000, [en línea] Disponible en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.379181>, [consulta 25.1.2016] pg. 939.

⁴¹⁹ FMI. *Spillovers in International Corporate Taxation*. [en línea] IMF Policy paper, 9-5-2014. [consulta: 1-12-2016]. Disponible en <http://www.imf.org/external/np/pp/eng/2014/050914.pdf>. Pg. 25.

facilidad por los países individualmente considerados cuando tienen expectativas de obtener un resultado mejor que el de sus competidores.

Teniendo en cuenta que el equilibrio de potestades tributarias es un asunto que ha quedado al margen del debate sobre el abuso del derecho por las multinacionales⁴²⁰ la solución a esta tensión dialéctica va a necesitar de un tiempo político más largo, como quedó patente en la III Conferencia de las Naciones Unidas para la Financiación para el Desarrollo en Addis Abeba en julio de 2015⁴²¹. No obstante, aun en ausencia de cambios radicales, es posible introducir mecanismos correctores en el sistema para una mejor tutela de la justicia contributiva mundial⁴²². Si un cambio radical parece hoy por hoy descartado, nada impide un cambio gradual, aunque para ello se necesita construir una teoría basada en la equidad vertical internacional a que puedan acudir los políticos y burócratas cuando negocien tratados bilaterales. Para lograr este objetivo profundizaremos en los fundamentos de la Filosofía del Derecho de las relaciones internacionales, facilitando la adopción de decisiones más equitativas por los Estados.

Es bueno añadir que el desequilibrio de las potestades tributarias de los Estados no sólo plantea problemas de equidad, sino que acarrea también consecuencias negativas sobre la eficiencia económica, pues las ventajas fiscales que consagran los tratados, bien sea al limitar las definiciones de las bases imponibles (por ejemplo, determinando cuándo existe establecimiento permanente o quién puede gravar las plusvalías) bien sea al limitar los tipos nominales de gravamen (por ejemplo en las rentas pasivas de dividendos, intereses y cánones), significan que la rentabilidad después de impuestos de cualquier negocio va a variar en función de la jurisdicción donde se establezca. Como consecuencia, los inversores pueden establecerse en

⁴²⁰ Plan de Acción de BEPS, 2013, *Íbidem*, pg. 13.

⁴²¹ El comunicado oficial reconoce la necesidad de disponer de muchos más recursos nacionales públicos, complementados por ayuda oficial al desarrollo, para poder lograr los objetivos de desarrollo sostenible, pero no alumbró ningún cambio radical. Naciones Unidas se comprometió de modo general a mejorar la administración de los ingresos mediante sistemas impositivos modernizados y progresivos, mejores políticas fiscales y una recaudación más eficiente de impuestos y trabajar por la mejora de la equidad, la transparencia, la eficiencia y la eficacia de los sistemas impositivos. ONU: *Tercera Conferencia Internacional de Financiación para el Desarrollo. Agenda de Acción de Addis Abeba*. [en línea] 13-16 julio 2015. Naciones Unidas, A/CONF.227/L.1 Disponible en http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/CONF.227/L.1&referer=/english/&Lang=S [consulta 5 Feb 2016], página 9

⁴²² Pistone propone abandonar el sistema de jurisdicción fiscal compartida y pasar a un sistema de jurisdicción exclusiva, que se ejercería por el Estado que tuviera la conexión más inmediata con la renta (Estado de la fuente). PISTONE, Pasquale. *Tax Treaties with developing Countries: a plea for new allocation rules and a combined legal and economic approach*. En Lang *et alii*, *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*, IBFD, Amsterdam, 2010. pg. 426.

territorios que no serían óptimos desde el punto de vista económico (antes de impuestos), lo que comporta una pérdida de eficiencia económica global y en consecuencia una merma en el bienestar social.

Por si no fuera suficiente, hay que adjuntar el efecto de la competencia fiscal para atraer inversores exteriores⁴²³. Esta competitividad se traduce en regímenes preferentes creados por la legislación nacional para atraer a inversores en sectores específicos o zonas de desarrollo preferente comprendidos bajo el genérico concepto de “incentivos fiscales”. Los incentivos fiscales generan una desfiscalización y abren nuevas oportunidades a los planificadores, lo que al cabo se traduce en la insuficiencia financiera de las haciendas de los países en desarrollo y en discriminación contra los contribuyentes que por su menor tamaño o por su escasa internacionalización no tienen la capacidad de recurrir a estos mecanismos. Para paliar esta competencia las Organizaciones internacionales elaboraron en 2015 un trabajo conjunto con herramientas para que los países en desarrollo puedan mantener mejor sus bases imponibles⁴²⁴.

La primera herramienta aconseja implementar un análisis coste-beneficio como marco general para la evaluación de los incentivos. La evaluación de ambos es de vital importancia para tomar una decisión informada, pero rara vez se llevan a cabo porque es un ejercicio que requiere numerosos datos. El informe de las *toolkits* contiene una plantilla simple para proporcionar un marco viable que guíe la evaluación. También contiene herramientas para la evaluación del gasto tributario, con modelos de micro-simulación y modelos de tipo efectivo de gravamen, que se usan integradas en un análisis coste-beneficio para arrojar luz sobre aspectos particulares. El documento presenta también herramientas para la evaluación de la transparencia y el buen gobierno de los incentivos fiscales en países de rentas bajas.

⁴²³ La competencia fiscal a la baja suele definirse en literatura anglosajona como “*race to the bottom*” o “carrera hacia el fondo”. Generalmente, existe la opinión de que la competencia fiscal a la baja es perniciosa porque deteriora los recursos fiscales de los países en desarrollo. Esta teoría, en cambio, tiene también sus detractores, entre otros Julie Roin, para quien la competencia no puede verse como algo negativo (ROIN, Julie: “Competition and Evasion: another perspective on international tax competition”. En *Georgetown Law Journal*, n. 89. 2001, pgs. 549-586.). De la misma opinión es el Senador Paul O’Neill, que testificando en 2001 ante el Comité del Senado norteamericano sobre Asuntos Financieros a propósito del proyecto de la OCDE sobre competencia fiscal lesiva, arguyó que la competencia no puede nunca ser calificada de perniciosa, y de hecho la OCDE tuvo que cambiar el título del proyecto, sustituyendo “competencia” por “prácticas” (Citado por PICCIOTTO, Sol: ¿La OCDE puede reparar el sistema Fiscal Internacional? En *Enfoque Internacional*, No. 12, Análisis Tributario, Lima, Perú, página 5)

⁴²⁴ Véase FMI, OECD, ONU y Banco Mundial: *Options for Low Income Countries' Effective and Efficient Use of Tax Incentives for Investment*. [en línea] noviembre de 2015. Disponible en <https://www.imf.org/external/np/g20/pdf/101515a.pdf> [Consulta 23 marzo 2016]

Finalmente, el bilateralismo característico del sistema fiscal internacional tampoco facilita la consecución de la equidad porque no aporta mecanismos institucionales suficientemente robustos para promover la cooperación entre las Administraciones tributarias. Los poderes públicos, por ende, están en peor situación a la hora de hacer cumplir las normas de fiscalidad internacional que las multinacionales a la hora de planificarla. Aunque la Convención Multilateral de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Tributaria y el más reciente Modelo de Acuerdo para el Intercambio Automático de Información⁴²⁵ han venido a paliar parcialmente estas carencias, el examen del sistema de convenios, particularmente desde el enfoque residencia/fuente, sigue siendo uno de los asuntos cruciales del panorama fiscal internacional.

En suma, el binomio fuente-residencia reflejado en los tratados fiscales produce efectos negativos desde el punto de vista de la equidad y de la justicia distributiva⁴²⁶, pero también desde el más tradicional de la eficiencia económica. Bajo la perspectiva hipotética de una autoridad única a nivel mundial, el principio de la fuente sería más justo ya que reduce las desigualdades internacionales, pero el problema es cómo compaginar el principio de la fuente con un escenario de bilateralidad donde la competencia para atraer inversiones exteriores es el factor dominante. Según Dagan, la competencia fiscal internacional por los factores móviles de producción garantiza que el sistema vigente será absolutamente incapaz de ejercer una mínima función redistributiva al nivel internacional⁴²⁷. Muy al contrario, la presión por la competencia para captar factores móviles se traslada a los sistemas fiscales nacionales, haciendo cada día más difícil las políticas redistributivas incluso a nivel nacional. Como muestra, a nivel nacional los estados gravan con tipos más elevados los salarios que las rentas del capital, especialmente en los denominados sistemas duales, con grave detrimento de los principios de justicia.

Algunos elementos de justicia tributaria internacional se van introduciendo mediante *soft law*⁴²⁸, pero la ausencia de una autoridad central hace muy difícil que se logren avances significativos. Para paliar esta carencia Dagan ha propuesto la solución de la armonización⁴²⁹. Sin embargo, las

⁴²⁵ Promovido por la OCDE en 2014 como forma de implementar los estándares comunes de suministro de información financiera para su intercambio automático (*Common Reporting Standards*, <http://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/international-framework-for-the-crs/>)

⁴²⁶ Como sostiene Alexander Cappelen (CAPPELEN, Alexander. National and International Distributive Justice in Bilateral Tax Treaties. 56. En *FinanzArchiv*, NF 424, 1999. pgs. 424-442)

⁴²⁷ En DAGAN, Tsilly. Just Harmonization. En *University of British Columbia Law Review*, 42, septiembre de 2010, pg. 344

⁴²⁸ Por ejemplo, el código de conducta recomendado por el ECOFIN (Council Resolution 12671/97)

⁴²⁹ DAGAN, Tsilly. Just Harmonization. En *University of British Columbia Law Review*, 42, septiembre de 2010, pgs. 331-362

diferencias de poder entre países desarrollados y en desarrollo llevarían a una armonización sub-óptima. La armonización en las condiciones de equilibrio de poderes existente tendería a beneficiar a las naciones desarrolladas por una parte y a las menos desarrolladas en el extremo contrario, pero no produciría efecto alguno o incluso podría perjudicar a las naciones en estadios intermedios de desarrollo, para las cuales Dagan propone un mecanismo de transferencias compensadoras que lamentablemente no llega a esbozar y que se antoja muy complicado.

En consecuencia, parece que el sistema actual no será capaz de introducir ninguna función redistributiva, por lo cual es necesario reflexionar sobre los fundamentos en que podría asentarse una alternativa. Para ello, examinamos primero el binomio residencia/fuente y luego la teoría que en el plano filosófico o moral podría fundamentar una cierta redistribución.

6.2.- EL BINOMIO DE RESIDENCIA Y FUENTE

El dilema fundamental de la fiscalidad internacional actual es determinar qué Estado tiene la competencia para gravar las rentas en la fuente, y en qué medida el país de la residencia del inversor tiene derecho a imponer tributos adicionales. La tarea fundamental de la fiscalidad internacional es, en consecuencia, resolver la tensión entre la pretensión de gravar las rentas por parte de los países de la fuente y los de residencia. La cuestión se simplifica en armonizar los intereses enfrentados entre naciones importadoras y exportadoras de capital. Los importadores de capital prefieren el gravamen en la fuente, mientras los exportadores de capital prefieren el de residencia⁴³⁰.

El Departamento del Tesoro de Estados Unidos ha explicado su preferencia por la residencia de la siguiente manera: *“Hay un número de consideraciones que apuntan al principio de residencia como más deseable. En primer lugar, el concepto de renta como consumo más aumento del patrimonio neto implica que no se pueden hacer distinciones basadas en el origen territorial o geográfico de la renta. La renta, por definición, se atribuye a los individuos, no a los territorios. En segundo lugar, si los propietarios de los factores de producción son menos móviles que los propios factores, las variaciones de tipos de gravamen entre los países por razón de residencia tendrán menos efectos distorsionadores que las variaciones de tipos entre*

⁴³⁰ Así se pronuncia GRAETZ, Michael J.: “The “Original Intent” of US International Taxation”. En *Faculty Scholarship Services* [en línea] Vol. 46, 1997, pgs. 1021 a 1109. Disponible en <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=dj> [Consulta: 15 enero 2016], pg. 1033

los lugares donde se aplican los factores. En tercer lugar, el objetivo de la redistribución de la renta manifestado en el uso de tipos progresivos de gravamen lleva a la conclusión que un país debe someter a gravamen la totalidad de la renta de los individuos. El concepto usual de progresividad no se puede aplicar sobre la base del criterio de la fuente". Por estas razones, el Tesoro recomienda que EEUU busque, como objetivo a largo plazo, el principio de gravamen en residencia⁴³¹, aunque queda latente la sospecha de que la desfiscalización en origen de las rentas generadas en el exterior es también una forma de favorecer el crecimiento de los "campeones nacionales" americanos.

La preferencia por el criterio de residencia se manifestaba ya en el Informe de los cuatro economistas de la Sociedad de las Naciones de 1923, que rechazaba el gravamen en la fuente por considerarlo ilegítimo, ya que no se tiene en cuenta la verdadera capacidad de pago del contribuyente. El Informe de 1923 se aparta para ello de la noción prevalente hasta entonces de que el fundamento de la imposición esté en el intercambio de servicios públicos a cambio de impuestos (teoría del beneficio) poniendo en su lugar de la teoría de la capacidad de pago⁴³².

La defensa del criterio de residencia se basa en que la renta es un atributo de las personas físicas y morales, no de los territorios, en que las personas tienen menor movilidad que los medios de producción y, por tanto, las diferencias entre la imposición directa entre diferentes jurisdicciones tendrán menor efecto distorsionador sobre la ubicación de los medios de producción, y en el objetivo redistributivo de la fiscalidad, que sólo se puede materializar en residencia. Pues bien, si la progresividad es el principal argumento a favor del gravamen en residencia, los modernos impuestos duales sobre la renta han deteriorado notablemente la importancia de este argumento, pues la configuración dual del impuesto de la renta, donde las rentas del capital se gravan a un tipo plano y más reducido que el trabajo o las actividades profesionales, deja sin argumentos a este modelo de renta mundial.

⁴³¹ Cita recogida por GRAETZ, Michael J.: "The "Original Intent" of US International Taxation". En *Faculty Scholarship Services* [en línea] Vol. 46, 1997, pgs. 1021 a 1109. Disponible en <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=dlj> [Consulta: 15 enero 2016], pg. 1034

⁴³² Esta es la proposición que se impuso con el apoyo de Edwin Seligman, aunque había otra posición más moderada en el Tesoro norteamericano, como es la de T.S. Adams. Véase Graetz, *The Original Intent...*, íbidem 1997, pg. 1036.

Aunque en los orígenes del sistema fiscal internacional existieron debates sobre si debía prevalecer el criterio de la residencia o de la fuente⁴³³, hoy día existe un amplio consenso sobre el diferente gravamen de las rentas de inversión económica directa (fuente con la residencia como gravamen complementario⁴³⁴) y las de las rentas del capital mobiliario (*portfolio income*, es decir, intereses, dividendos y cánones), donde hay un gravamen compartido con tendencia a evolucionar hacia el criterio de residencia.

En teoría el criterio de residencia garantiza una asignación eficiente de recursos ya que asegura que la rentabilidad del capital antes de impuestos será homogénea⁴³⁵, y su primacía se ha acentuado con la globalización, causando una marcada tendencia desfiscalizadora en los países de la fuente, pérdida de ingresos tributarios que los países han compensado alterando la composición del reparto de las cargas fiscales⁴³⁶, es decir alterando el llamado *tax mix* con efectos negativos para la equidad interna. El criterio de residencia extiende la soberanía más allá de las fronteras y produce un conflicto de legalidades que puede dar lugar a doble imposición y origina “un resultado en conflicto con la justicia fiscal internacional y con la distribución equitativa de los derechos de imposición”⁴³⁷.

La justificación filosófica de la teoría de la fuente, por su parte se basa en el principio del intercambio o teoría del beneficio: el Gobierno pone los medios para que se pueda realizar la actividad económica, esto es: la infraestructura, las comunicaciones, la seguridad jurídica, etc., y a cambio tiene derecho a exigir una contribución porque el inversor disfruta de esos servicios ofrecidos por el Gobierno del país de acogida⁴³⁸.

⁴³³ Según Graetz, paradójicamente la intención original de los EEUU era que prevaleciese el criterio de la fuente. (*The Original Intent...* Ibid., 1997, pg. 1027)

⁴³⁴ Aunque Paolini *et al.* y cuestionan el principio del gravamen adicional sobre la renta global en el país de residencia como un dogma de la fiscalidad internacional. En PAOLINI, Dimitri, PISTONE, Pasquale, PULINA, Giuseppe y ZAGLER, Martin. *Tax treaties and the allocation of taxing rights with developing countries*, Centre for Operations, Research and Economics. Bélgica 14 de abril de 2011, 25 pgs.

⁴³⁵ CAPPELEN, Alexander. National and International Distributive Justice in Bilateral Tax Treaties. 56. En *FinanzArchiv*, NF 424, 1999. pg. 425

⁴³⁶ Como sostienen CAAMAÑO ANIDO, M.A. y CALDERÓN CARRERO, J.M. *Globalización Económica y poder tributario. ¿Hacia un nuevo derecho tributario?* En REDE n. 114, 2002, pg. 187

⁴³⁷ PAOLINI *et. al.* *Tax treaties and the allocation of taxing rights with developing countries*, 2011. Ibidem pg. 2.

⁴³⁸ Ejemplos de los beneficios que perciben los no residentes son servicios generales como la educación, la policía, los bomberos o la defensa, y otros más específicos como la infraestructura legal, el mantenimiento de tipos de cambio y de interés bajos, o la estabilidad económica en General.

El impuesto en sede de residencia, por su parte, se basa preferentemente en el principio de la capacidad de pago, que inspira los sistemas progresivos, pero paradójicamente también la teoría del intercambio apoya al gravamen en residencia: los factores de producción gozan de la protección jurídica y de los servicios públicos, lo cual permite la actividad económica del inversor residente y del no residente.

La literatura científica ha examinado la interacción de estos dos principios en numerosas ocasiones⁴³⁹ y en este capítulo es útil traer a colación las que defienden el gravamen en la fuente, ya que son susceptibles de introducir una corrección en la distribución de la jurisdicción fiscal.

El gravamen en la fuente, encuentra su justificación axiológica también en el principio de contribuir al país que ofrece las oportunidades para generar las rentas. De acuerdo con T. S. Adams⁴⁴⁰, *“una parte importante del presupuesto público se aplica a mantener el orden público donde puedan prosperar los negocios. La actividad económica es responsable de una gran parte de la carga de trabajo de los tribunales, la policía, los bomberos, el ejército o incluso la armada. La relación entre la actividad económica privada y el coste del gobierno es indirecta, al estilo de la relación entre los costes de una línea de ferrocarril y la cantidad de tráfico que transporta. Sin embargo, la conexión es real y a largo plazo cuantos más empresarios o actividades económicas haya, mayor es el coste para el gobierno. La actividad económica debe ser gravada de acuerdo con los costes que genera el mantener un mercado, y tales costes deberían distribuirse de alguna forma entre todos los beneficiarios del mercado. El mercado es un activo social válido y el grupo social que lo mantiene y sus comunidades deben soportar las cargas de su mantenimiento”*.

Así pues, la teoría del beneficio fundamenta el gravamen en la fuente, pero ya hemos visto que aunque también en menor grado el de residencia, así es que no nos lleva más allá. Además del principio del beneficio, hay un argumento adicional para justificar la fuente, y es la inmediatez, que hace el gravamen más efectivo.

⁴³⁹ Véase, por ejemplo, para un resumen de la literatura, el ya clásico libro de FRENKEL, Jakob, RAZIN, Assaf Y SADKA, Effraim: *International Taxation in an Integrated World*, Massachusetts Institute of Technology, Boston Ma., 1991, ISBN: 9780262512145, pgs. 3-42.

⁴⁴⁰ ADAMS, T. S.: “The Taxation of Business”, 1917. En *Proceedings of the Eleventh Annual Conference on Taxation*, National Tax Association, pp. 185-94, citado por Gratez, *The original Intent*, 1997, Íbidem, pg. 1085.

Klaus Vogel introdujo la teoría del sacrificio como alternativa a la teoría del beneficio⁴⁴¹. La teoría del sacrificio contempla los impuestos como una cesión obligatoria en favor del país a causa del superior valor moral que tienen los objetivos colectivos sobre los individuales. Es una orientación interesante, y sin embargo el propio Vogel admite que sólo la teoría del beneficio parece consolidada.

En realidad, los dos principios pueden coexistir, y de hecho lo hacen normalmente en los artículos 10, 11 y 12 de los Convenios. A título de ejemplo, Vogel sostuvo que la teoría justifica que los cánones tributen tanto en el país de la fuente como en el de residencia para preservar la neutralidad y la equidad. Sostiene que los pagos por cánones tienen tres componentes: una parte representa “intereses”, y debería tributar en el lugar de residencia del cesionario de los derechos de propiedad intelectual, mientras que las porciones que representan el “precio de venta” (amortización del derecho subyacente) y el “riesgo” (servicios) deberían tributar en el estado de residencia. Aceptando las dificultades prácticas de distribuir el pago por cánones entre sus tres componentes, Vogel propone que una parte fija del pago tribute en la fuente y otra parte en residencia, concretamente un cuarto en el estado de residencia y tres cuartos en el estado de la fuente.

Georg Schanz⁴⁴², siguiendo la tradición de Vogel, sostuvo que tanto el país de residencia como el de la fuente tienen derecho a imponer gravámenes a partir de los beneficios o servicios que proveen. Sin embargo, para Schanz la parte de los servicios que suministra el Estado de la fuente es normalmente mayor que la del Estado de residencia, lo que abona el gravamen en la fuente. El razonamiento de Schanz para llegar a esta conclusión sobre la primacía del gravamen en la fuente se relaciona otra vez con la teoría del beneficio. Bajo su punto de vista, la residencia no es un criterio válido para establecer la jurisdicción tributaria, como tampoco lo es la mera presencia física en un territorio, porque esos criterios conducen a gravar a contribuyentes que no se benefician plenamente o que, como máximo, obtienen un beneficio parcial de las actividades de un Estado. A partir de esta base, Schanz razona que sólo hay un principio susceptible de producir una distribución justa de las cargas impositivas, que denomina la “vinculación económica” (*economic allegiance*), y lo argumenta sobre la base de la teoría del beneficio:

⁴⁴¹ VOGEL, Klaus: *Worldwide vs. Source Taxation of Income – A Review and re-evaluation of Arguments* (1998), en *Intertax*, vol 16, n 8-9 pgs 216 – 229

⁴⁴² SCHANZ, George: *"Der Einkommensbegriff und die Einkommensteuergesetze"*: Finanz-archiv, 13 1–87. ISSN 0015-2218, citado por PINTO, Dale: *Exclusive source or residence-based taxation - is a new and simpler world tax order possible?* En *Bulletin for International Taxation*. 61, 2007: pgs. 277-291

Ubaldo González de Frutos

Equidad vertical y redistribución internacional

*“Quiero subrayar que de hecho no hay imposición que no se relacione con el beneficio. Una vez que se ha determinado el círculo de personas que deben pagar los impuestos, la sociedad puede decidir que cada persona conectada económicamente vaya a tributar”*⁴⁴³. Pues bien, concluye Schanz que en el caso en que una persona tenga vínculos con su Estado de residencia así como con un Estado de la fuente por actividades económicas o rentas provenientes de ese otro Estado, la obediencia al de la fuente es más importante que la del de residencia.

Arthur Harding⁴⁴⁴ también desarrolló una teoría similar a la del beneficio para justificar la tributación en la fuente: la producción económica es el resultado no de actividades aisladas por parte de individuos concretos, sino de la interacción general entre ese individuo y el Estado. Harding pasa entonces a desarrollar su teoría sobre el derecho de un país a la imposición, que recuerda mucho al principio del beneficio, porque fundamenta el derecho a la imposición en el hecho de que la actividad económica se desarrolle en el seno del grupo social en que produzca utilidades, riqueza o servicios como parte de la solidaridad económica del grupo social en que el individuo se integra.

Ahora bien, si la operatoria del principio del beneficio parece clara para los residentes, la cuestión surge respecto a cuál es el grado de beneficio que sería suficiente para los no residentes. Tradicionalmente, se ha venido requiriendo una cierta presencia física del contribuyente en el territorio, de forma que éste estaría utilizando parcialmente bienes y servicios públicos. Sin embargo, las cosas han cambiado con la nueva economía, pues los no residentes pueden beneficiarse también de una buena infraestructura local en operaciones a distancia, a partir del imperio de la ley, de un sistema financiero local sólido que facilite las transacciones crediticias, de juzgados y tribunales que garantizan que se cobrará el precio de venta de los clientes, de sistemas de eliminación de residuos sólidos para los embalajes de las ventas a distancia, de leyes de protección del consumidor útiles tanto para compradores al garantizarles la protección contra el fraude como para vendedores al crear un clima de confianza en el consumidor. El principio del beneficio, así pues, se puede aplicar a no residentes sin presencia física en el territorio en una economía abierta y globalizada.

⁴⁴³ SCHANZ, George, *ibidem*, pg. 290

⁴⁴⁴ HARDING, A.: *Double Taxation of Property and Income, A Study in the Judicial Delimitation of the Conflicting Claims of Taxing Jurisdiction Advanced by the American States*. Harvard University Press, 1933 - 326 páginas.

En la nueva economía del S XXI, este razonamiento se aplica en particular al comercio electrónico, donde los mercados son cada vez más accesibles y la presencia física es menos importante. En este ejemplo, además, el Estado de la fuente normalmente ha invertido una importante cantidad de recursos en infraestructura de telecomunicaciones, que es lo que hace que el comercio electrónico sea posible. Por añadidura, el Estado de la fuente protege los derechos de propiedad intelectual del vendedor, lo que es fundamental en la protección de los intangibles, especialmente en productos culturales, con independencia de si el vendedor tiene una presencia física en el Estado de la fuente o no. Sin tal protección, los productos suministrados podrían ser copiados, duplicados o manipulados hasta el límite de eliminar por completo su valor y, por tanto, no habría beneficios que garantizar en el vendedor no residente, que estaría así desprotegido.

La teoría del beneficio y la tributación en el Estado de la fuente toman así una nueva dimensión en la economía digital porque las entidades no residentes sin presencia física en el país de la fuente siguen beneficiándose del sistema legal del país de la fuente en la medida en que proveer a seguridad jurídica en el cobro de los servicios prestados, en la protección de los derechos de propiedad intelectual y, en general, en un clima empresarial favorable a la competencia. De hecho, la protección de los derechos de propiedad intelectual es fundamental para los suministradores de productos intangibles y de servicios digitales, y la protección de esos derechos obra con independencia de que el vendedor tenga una presencia física en el país de la fuente. Del mismo modo, los vendedores de contenidos digitales como música, juegos de ordenador o software no tendrían un mercado en los países de la fuente si no hubiera infraestructura de telecomunicaciones o suficiente conocimiento de informática en la población.

Un establecimiento permanente es simplemente una demostración de una relación económica estrecha, pero no es la razón fundamental de la existencia o de la legitimidad del gravamen en la fuente. Por un lado, hay operaciones comerciales a corto plazo que pueden producir importantes beneficios sin que nazca un EP. Por otro, el abuso del concepto de EP, que ha dado lugar a la Acción 7 de BEPS, puede hacer que haya relaciones económicas estables que, pese a todo, no originen un EP⁴⁴⁵. Una empresa puede obtener ventajas comerciales locales sin necesidad de invertir en bienes inmuebles u otros lugares fijos de negocios. Hoy, el desempeño de una

⁴⁴⁵ Véase el Informe de la Acción 7 de BEPS: OCDE: *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent establishment Status, Action 7 Final Report*. OECD Publishing Paris, 2015. ISBN 978-92-64-24121-3. 46 pgs.

actividad comercial en otro país, la duración de la actividad o los beneficios que se obtengan son argumentos importantes que requieren que todas las empresas que obtengan beneficios de un país contribuyan a la sociedad de la que provengan los beneficios, con independencia de que tengan establecimiento permanente o no.

Desde un punto de vista económico, residencia y fuente afectan de modo diferente a la distribución internacional de la inversión y el ahorro. El principio de tributación en la fuente significa que la tributación del ahorro será eficiente debido a que garantiza que la rentabilidad financiero-fiscal será la misma con independencia del origen de los inversores. Por su parte, el principio de residencia garantiza la asignación eficiente de la inversión porque asegura que la rentabilidad del capital antes de impuestos será homogénea⁴⁴⁶. Desde el punto de vista de la competencia fiscal, el principio de la fuente estimula la competencia entre Estados, y bajo ciertas condiciones puede resultar en la eliminación total de las retenciones sobre rentas de activos móviles, especialmente en un entorno globalizado, con cadenas de suministro global y preponderancia de activos intangibles. En este escenario, donde resulta más fácil relocalizar activos específicos que cambiar de residencia, el problema de la competencia fiscal se agudiza bajo el principio de la fuente. Por el contrario, el gravamen en residencia limita mucho más la competencia fiscal entre jurisdicciones y puede llevar a unos tipos de gravamen más próximos al óptimo⁴⁴⁷.

6.3.- HACIA UN EQUILIBRIO ENTRE FUENTE Y RESIDENCIA

El criterio de la residencia promueve la eficiencia económica, ya que la decisión del lugar donde se materializa la inversión no quedará afectada por el tipo impositivo, y también por razones prácticas, pues en ocasiones es difícil determinar la fuente de los ingresos. Sin embargo, los países desarrollados tampoco renuncian a exigir impuestos a los no residentes que generan rentas en su territorio, utilizando por lo tanto los dos criterios en su legislación interna. Además, el gravamen en residencia se puede eludir mediante la canalización de las rentas a

⁴⁴⁶ Es la posición defendida por CAPPELEN, Alexander. The Moral Rationale for International Fiscal Law. En *Ethics & International Affairs*, Vol. 15, n. 1, Marzo 2001. pg. 100.

⁴⁴⁷ Véase BACHETTA, Philippe y ESPINOSA, María Paz. Information Sharing and Tax Competition among Governments, En *Journal of International Economics* no. 39, Elsevier, 1995, pg. 104.

Ubaldo González de Frutos

Equidad vertical y redistribución internacional

través de territorios de baja tributación⁴⁴⁸, por lo que los países desarrollados mantienen también una mezcla de ambos sistemas.

Pinto⁴⁴⁹ ha analizado los pros y contras de tener un sistema puro, ya sea de fuente, ya de residencia. Un sistema de residencia exclusiva tiene las ventajas de acabar con la complejidad introducida por el concepto de establecimiento permanente, ya que desaparece, aportando en general mayor certeza y seguridad jurídica, puesto que la entidad sólo se va a relacionar con la Hacienda de su país de residencia. También incorpora una medida más fiable de la capacidad de pago, lo cual es importante para el impuesto personal de la renta, permitiendo una mejor progresividad. Desde el punto de vista económico logra la eficiencia en la exportación de capitales y desde el ángulo de la política consigue poner en práctica una relación de responsabilidad (*accountability*) más directa. Por el contrario, un sistema exclusivo de residencia tiene también sus problemas. En primer lugar, la dificultad de definir de modo universal el concepto de residencia seguirá planteando problemas de doble residencia, aunque el problema más importante sería la regresividad de un sistema tal, pues sólo los países de residencia de las matrices tendrían derecho a los ingresos. Además, en tal situación existiría un gran incentivo a buscar residencias de conveniencia donde la carga fiscal global sea lo más baja posible.

Por el contrario, si el sistema se basase exclusivamente en la fuente, las ventajas empezarían por la neutralidad, seguirían por el hecho de que el gravamen pone en práctica el deseable principio del beneficio, también el hecho de que el gravamen parece más equitativo y satisface la pulsión natural de los gobiernos a gravar a los inversores extranjeros. Por el contrario, un sistema de gravamen exclusivo en la fuente tiene también algunos problemas, como los mecanismos de participación en los ingresos fiscales del país de la fuente por parte del de residencia, el establecimiento de un umbral adecuado para las actividades de la economía digital⁴⁵⁰, la complejidad desde el punto de vista de la recaudación y el control, ya que la empresa va a estar sujeta a un número mayor de autoridades fiscales, los problemas de tipificación de la renta (ej. cánones frente a pago por servicios) y los conflictos de doble imposición causados por las

⁴⁴⁸ Aunque el gran avance del intercambio automático de información relativiza este aserto.

⁴⁴⁹ PINTO, Dale: Exclusive source or residence-based taxation - is a new and simpler world tax order possible? En *Bulletin for International Taxation*. 61, 2007: pgs. 277-291

⁴⁵⁰ Dale Pinto escribe su artículo en 2007, mucho antes de que empezase el Proyecto BEPS, pero los problemas que enuncia en este punto anticipan ya lo que luego será la Acción 1 de BEPS. OCDE. *Addressing the tax challenges of the digital economy. BEPS. Action 1 Final report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015, 285 pgs. ISBN 978-92-64-24102-2

definiciones expansivas de la fuente que todos los países tendrían. Además, un sistema que sólo contemplase el gravamen en origen comportaría problemas políticos de competencia fiscal a la baja entre territorios, así como distorsiones en la ubicación de factores y actividades móviles, como la financiación o los intangibles.

En consecuencia, puesto que ambos principios tienen ventajas e inconvenientes, la elección entre fuente o residencia es una opción política, y la solución se remonta a encontrar el punto de equilibrio donde ambas se mezclan. Incluso las organizaciones de la sociedad civil, que son los mayores defensores de la imposición en la fuente, han defendido que el punto medio se halla en una mezcla equilibrada de los dos⁴⁵¹. Una solución es el MCONU, más favorable a la fuente que el MCOCDE. El Modelo de la ONU permite la imposición en la fuente de actividades que el de la OCDE no captura, como los proyectos de construcción a plazo inferior a 6 meses (normalmente con un mínimo de tres) o los honorarios pagados a no residentes proveedores de servicios, como consultores, incluso si sólo permanecen en el país por un período muy breve.

El proyecto BEPS de la OCDE, por su parte, aun sin abordar la cuestión del equilibrio entre residencia y fuente, supone en cambio un ejercicio para realinear la actividad económica y las bases imponibles, y por tanto va a favorecer tanto a los países desarrollados como en desarrollo, que verán incrementadas sus bases. Además, obviamente la Acción 7 de BEPS, al evitar que mediante artificios se abuse del concepto de establecimiento permanente, también supone un valioso refuerzo de la imposición en la fuente⁴⁵². Del mismo modo, la Acción 4 sobre la limitación de deducción por intereses y otros pagos financieros⁴⁵³ tiene por objeto proteger la imposición en la fuente y así ha sido reconocido explícitamente por críticos como Picciotto⁴⁵⁴, pero así como esto hace mucho en favor de la equidad horizontal, para incrementar la equidad vertical sería preciso reexaminar la distribución de potestades jurisdiccionales, y en particular los países en desarrollo verían sus intereses recaudatorios mejor garantizados con mayor

⁴⁵¹ TAX JUSTICE NETWORK: Source and Residence Taxation. [en línea], 2005, Disponible en http://www.taxjustice.net/cms/upload/pdf/Source_and_residence_taxation_-_SEP-2005.pdf [consulta 22 de marzo de 2016]

⁴⁵² Como quedó de manifiesto en los debates del 69 Congreso Internacional de la IFA celebrado en Basilea en septiembre de 2015. Véase HONGLER, Peter. *IFA 69th Congress in Basel, Seminar G:IFA/OECD*. 2 de septiembre de 2015. IBFD, Ámsterdam

⁴⁵³ OCDE. *Limiting Base Erosion involving Interest Deductions and Other Financial Payments. Action 4, 2015 Final report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015, 114 pgs. ISBN 978-92-64-24116-9

⁴⁵⁴ PICCIOTTO, Sol: ¿La OCDE puede reparar el sistema Fiscal Internacional? En *Enfoque Internacional*, No. 12, Análisis Tributario, Lima, Perú, página 7.

Ubaldo González de Frutos

Equidad vertical y redistribución internacional

tributación en la fuente⁴⁵⁵. Ahora bien, este es un resultado contrario con la competitividad internacional y carece hoy por hoy de mecanismos suficientes para la acción política internacional.

El debate se complica por la introducción de planteamientos ideológicos que tienden a enfrentar en un lado a los países desarrollados y en el otro a las ONGs y a los países en desarrollo, cuestionando la legitimidad de la OCDE para producir estándares internacionales. Las propuestas para solucionar las cuestiones de equidad, en consecuencia, suelen venir por el lado de la alteración del orden institucional. Así, se ha defendido la necesidad de un nuevo mecanismo de gobernanza fiscal mundial para corregir las externalidades negativas⁴⁵⁶, o la sustitución del bilateralismo por un nuevo multilateralismo, lo que se analiza en el capítulo siguiente, pero es posible que las propuestas radicales, de reforma fundamental de la arquitectura internacional, por ser utópicas, alejen la meta de la equidad en lugar de acercarla.

La corrección de la inequidad e incluso la introducción de un elemento redistributivo en el Derecho internacional tributario no requieren necesariamente una revolución en el orden institucional, siendo posible acometerla mediante cambios en el sistema vigente. Un ejemplo es la política adoptada por los Países Bajos, que siguiendo el criterio del G-20 recientemente ha instaurado la obligación de hacer un análisis de los efectos secundarios en terceros países a la hora de tramitar sus reformas fiscales. Los cambios orgánicos son más viables que la reforma integral, pero para ello se necesita reformular el ideario político de suerte que junto a las

⁴⁵⁵ Así se pronuncia el Grupo de Seguimiento de BEPS constituido por las ONGs y por algunos académicos: *“En nuestra opinión, es esencial mantener esta tensión reformista. Aunque del proyecto BEPS sólo se puede decir en el mejor de los casos que ha cosechado un éxito parcial, en cambio sí es cierto que ha logrado abrir espacio para cambios de más largo alcance. Por lo tanto, debería ser considerado únicamente el primer paso de un largo camino que debería tener por objeto final la reforma de las normas fiscales internacionales para asegurar la equidad para todos, especialmente países en desarrollo, y hacer el sistema adecuado a las realidades del Siglo XXI* (véase BEPS MONITORING GROUP, The. *Overall Evaluation of the G20/OECD Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Project*. [en línea] 7 de octubre de 2015. Disponible en <https://bepsmonitoringgroup.files.wordpress.com/2015/10/general-evaluation.pdf>. [Consulta 6 de marzo de 2016] (original en inglés, el subrayado es nuestro).

⁴⁵⁶ Dietsch y Rixen proponen crear la Organización Internacional de la Fiscalidad sobre la base de la O.I. del Comercio. También proponen pasar el modelo de fiscalidad unitaria como método para conseguir una mejor equidad. En DIETSCH Peter y RIXEN, Thomas : *Justice and International Tax Competition*. [en línea] Disponible en http://eis.bris.ac.uk/~plcdib/territory/papers/dietsch_justiceandtax.pdf [consulta 22 de marzo de 2016] páginas 21-25

consideraciones de eficiencia se consideren las de equidad. Esta es una cuestión moral que como tal sólo puede resolverse acudiendo los principios de la filosofía del derecho internacional

6.4.- FUNDAMENTOS DE UN ENFOQUE NUEVO

Si en la sección precedente hemos concluido que en el marco de las posibilidades existentes sólo la opción por el MCONU introduce cierta redistribución, y sabiendo que la preponderancia del MCOCDE limita la virtualidad de esta opción, hay que examinar las posibilidades de que el sistema evolucione hacia un nuevo equilibrio.

Desde el punto de vista de los principios de la imposición, hemos visto que hay argumentos para defender tanto el gravamen en residencia como en la fuente, y que la preponderancia que viene otorgando el Modelo de la OCDE la tributación en residencia estaría justificada en motivos económicos, aunque se distancia del objetivo de la equidad. Además, la evolución de la economía mundial en la globalización, con la aparición de las cadenas mundiales de creación de valor y el avance de las telecomunicaciones y el desarrollo de la logística, ha relativizado la importancia del concepto de residencia e incluso asistimos hoy al fenómeno de que, por el juego combinado de las normas formales y materiales de residencia, se da el caso de entidades apátridas, que carecen de residencia.

En consecuencia, nos proponemos ascender un escalón y acudir a los principios de la Filosofía del Derecho, pues la distribución de la potestad tributaria en el Derecho internacional fiscal existente es más bien fruto de circunstancias históricas y preferencias ideológicas. Por ello, para examinar las posibles respuestas a la cuestión de la función redistributiva examinamos a continuación los fundamentos doctrinales de la Filosofía del Derecho Internacional Público y evaluamos desde este ángulo las opciones que se han adoptado en los modelos de convenio bilateral.

La potestad para exigir tributos, siendo un atributo fundamental de la soberanía, ha recibido cierta atención por parte de la Filosofía del Derecho. Sin potestad tributaria, se arguye, el Gobierno sería incapaz de allegar los recursos necesarios para sufragar los bienes y servicios públicos o paliar las situaciones de necesidad de los más desprotegidos socialmente. Con la integración económica derivada de la globalización, los fundamentos ideológicos de esta potestad fiscal tienen, si cabe, mayor importancia aún, pues las fronteras son más porosas que en el pasado y la distribución de la potestad tributaria internacional condiciona la capacidad de

cada uno de los países intervinientes para ejercer su función redistributiva de ámbito nacional, así como –y esto es más importante– a la posible existencia de una función redistributiva a nivel internacional. La elección en los tratados a la hora de asignar potestades impositivas conlleva, por consiguiente, cuestiones de justicia distributiva, y esto a su vez justifica una teoría normativa sobre la jurisdicción tributaria. Cappelen la ha esbozado partiendo de los consabidos principios del beneficio y de la capacidad de pago⁴⁵⁷.

Ahora bien, en el enfoque de la redistribución, el principio del beneficio no ayuda mucho porque relaciona el tributo con la utilidad recibida del Estado. Es preferible el principio de la capacidad contributiva, que separa por completo el beneficio para fijarse únicamente en la redistribución entre individuos. Sin embargo, como hemos visto en el apartado precedente, ningún teórico de la imposición ha sugerido este principio en las relaciones internacionales.

Para cambiar este estado de cosas, Cappelen propone un doble camino en el análisis del fundamento de la potestad tributaria: el enfoque de la soberanía (*entitlement approach*) y el enfoque de la asignación (*assignment approach*⁴⁵⁸). La soberanía cimienta la potestad impositiva en una relación de subordinación política, basada ora en la nacionalidad⁴⁵⁹, ora en la residencia, o incluso en una relación económica estable como puede ser la sede de la actividad económica o un establecimiento permanente en el otro país.

El enfoque contrario, el “de la asignación”, no requiere en cambio ninguna relación especial entre el individuo y la jurisdicción para que nazca la obligación tributaria. Se trata de una relación de jurisdicción pura, sin relación causal con los servicios públicos disfrutados, y basada simplemente en el hecho de que el contribuyente tiene capacidad de pago. El enfoque de la soberanía, a su vez, se ha interpretado en tres versiones distintas, con consecuencias a la hora de sostener uno u otro principio.

En esquema, en el siguiente cuadro se incluyen los principales enfoques, sus tradiciones y sus implicaciones.

⁴⁵⁷ CAPPELEN, Alexander. National and International Distributive Justice in Bilateral Tax Treaties. 56. En *FinanzArchiv*, NF 424, 1999. pgs. 424-442

⁴⁵⁸ CAPPELEN, Alexander. The Moral Rationale for International Fiscal Law. En *Ethics & International Affairs*, Vol. 15, n. 1, Marzo 2001. pgs. 97-110.

⁴⁵⁹ Algunos países, como EEUU, utilizan la nacionalidad como criterio de atribución de jurisdicción

Tabla 6: Residencia y fuente en la filosofía del derecho internacional tributario

Enfoques	Tradiciones		Escuela	Principio
Soberanía	Beneficio mutuo	Versión económica	Nacionalista	Fuente
		Versión social	Nacionalista	Residencia y fuente
	Comunitaria		Nacionalista	Residencia
	Voluntarista		Nacionalista	Nacionalidad, fuente, residencia
Asignación			Cosmopolita	Fuente

Como veremos a continuación, cada teoría tiene sus méritos y carencias, de donde se sigue que es imposible excluir uno de los dos principios y que la solución radica en encontrar el equilibrio.

7.4.1 LA TRADICIÓN DEL BENEFICIO MUTUO

Remontándose al pensamiento de David Hume y John Rawls, David Gauthier define la cooperación social como el elemento fundamental para alcanzar el ideal de justicia. El origen de la moral está en el contrato social⁴⁶⁰. De acuerdo con ello, la sociedad se concibe como un esfuerzo cooperativo para alcanzar el beneficio común. Ahora bien, el proceso no es sencillo porque la sociedad comprende a la vez una comunidad de intereses y un conflicto, latente o patente, por los mismos intereses. La cooperación social va a generar riqueza a través del aumento de la producción, pero también va a conducir inevitablemente a conflictos de intereses por participar más que otros en la riqueza creada. La cuestión, por lo tanto, se concreta en definir quiénes participan en la cooperación social y cuál es el excedente que se ha de repartir. Generalmente es el Estado la comunidad política que facilita el marco para crear el valor y establece tributos para asignar equitativamente el resultado del excedente económico.

Así pues, es la cooperación social la que permite realizar el ideal de justicia, pero aquella se puede interpretar en unos términos estrictos de cooperación económica o bien en un concepto más amplio de convivencia social. La versión estrictamente económica va a atender a la producción de los bienes y servicios, y en particular al lugar donde se añade el valor, lo cual desde la óptica de los principios del Derecho internacional tributario apunta a la prevalencia del principio de la fuente. Como ya sabemos, este vínculo no está tan claro en nuestros días, habida

⁴⁶⁰ GAUTHIER, David: *Morals by Agreement*. Oxford, Clarendon Press, 1986, pg. 5

Ubaldo González de Frutos

Equidad vertical y redistribución internacional

cuenta de la cadena de creación de valor internacional y de la dificultad de atribuir el valor creado a jurisdicciones concretas, teniendo también en cuenta los intangibles y otros factores de producción móviles, como la financiación y la asunción de riesgos, que se deslocalizan con relativa facilidad. La visión social, más allá de la estrictamente económica, sobre la cooperación humana llevaría a añadir el principio de residencia al de la fuente, bajo la asunción de que los residentes obtienen una serie de beneficios por el mero hecho de ser miembros de una comunidad. También es posible bajo este enfoque compaginar ambos principios, como sucede de hecho en los tratados, haciendo compatible residencia y fuente.

7.4.2 LA TRADICIÓN COMUNITARIA

Esta escuela parte de la caracterización del individuo como un ente social, que se define por sus relaciones humanas y por los derechos y las obligaciones que éstas generan. Los derechos y obligaciones son la forma de materializarse las relaciones sociales que ocurren dentro de la comunidad, y los miembros de las comunidades se relacionan entre sí por sus conexiones sociales y culturales. Los comunitarios sostienen en consecuencia que la delimitación de la potestad tributaria debería basarse en tales conexiones, de donde emerge la prevalencia del principio de residencia.

Surgen al respecto dos tipos de cuestiones: cómo se define el concepto de comunidad y qué tipo de afectos y lealtades son suficientes para conformarla. La respuesta más obvia parece ser que el individuo será miembro de la comunidad donde reside, abonando la validez del principio de residencia, aunque podría también apuntar a un principio de la nacionalidad o ciudadanía, en la medida en que el ser humano se identifica como miembro de una comunidad cívica. Ahora bien, este principio funciona mejor en teoría que en la práctica, porque en el mundo real los individuos no se identifican necesariamente con el Estado-nación sino con otro tipo de comunidades (culturales, raciales o religiosas, por ejemplo) y porque es posible percibir rentas en un país sin tener ningún tipo de lazo social o cultural con el mismo. En cualquier caso, lo que parece claro es que la tradición comunitaria apunta al principio de residencia y excluye la tributación en la fuente, pues la jurisdicción va ligada a la comunidad a la que pertenece el individuo.

6.4.1.- LA TRADICIÓN VOLUNTARISTA

Este tercer enfoque que sostiene que las obligaciones especiales, como la obligación tributaria, son resultado únicamente de relaciones asumidas de forma voluntaria. La simple pertenencia a una comunidad no es, para los voluntaristas, suficiente para originar responsabilidades especiales, pues tales responsabilidades han de ser siempre el resultado de actos de la voluntad. Si aplicamos esta doctrina a la potestad tributaria, encontramos que las relaciones de naturaleza tributaria sólo surgirían de relaciones asumidas de forma voluntaria por el sujeto pasivo, lo cual en materia tributaria resulta poco operativo ya que nadie asume un impuesto de forma voluntaria. No obstante, existe una manera de interpretar este concepto de voluntariedad consistente en aplicarla a las relaciones sociales que constituyen bases idóneas para justificar el nacimiento de la obligación de tributar (por ejemplo, el trabajo por cuenta ajena).

La tradición voluntarista más conocida es la libertaria. De acuerdo con esta teoría, todas las personas tienen derechos y libertades fundamentales, como el derecho a la vida y a la salud, la propiedad privada y a la libertad, que constituyen un ámbito individual que los demás no pueden transgredir. Los individuos tienen estos derechos por naturaleza, no les han sido atribuidos por el Estado, y por tanto la cesión de cualquier fracción de ellos sólo puede hacerse de modo voluntario. Cualquier gobierno, para que sea legítimo, debe ser el resultado de un acuerdo voluntario de todos los ciudadanos. El principio libertario implica una drástica reducción de las funciones del Estado y los libertarios contemplan por ello un principio de apropiación de los recursos por el Estado, aunque ha de ser limitado, un principio de transferencia equitativa de los recursos, y un principio de rectificación de injusticias existentes, pero no conciben un principio activo de redistribución para prevenir injusticias futuras. Pese a ello, los libertarios reconocen que puede haber transferencias de recursos entre particulares, aunque basadas en acuerdos entre los ciudadanos, no en una imposición del Estado.

En este sentido, la nacionalidad determina un ámbito de afiliación política que puede interpretarse como una manifestación del consentimiento tácito a las políticas redistributivas dentro de ese ámbito político. La participación en elecciones democráticas, por ejemplo, se puede llegar a asimilar a un acto de ratificación de ese consentimiento tácito. Trasladado a la potestad, esta idea podría justificar el criterio de la nacionalidad, poco frecuente en fiscalidad internacional⁴⁶¹. La decisión de permanecer en una comunidad sin cambiar de residencia podría

⁴⁶¹ Salvo el caso de Estados Unidos, donde es un criterio de sujeción al *Income Tax*.

interpretarse, así mismo, como un acto de afirmación en la tradición voluntarista, y por tanto ampara un principio de residencia. Sin embargo, el libertarismo plantea el problema fundamental de aceptar la ficción de que el individuo permanece en comunidad y acepta todo el entramado legal de derechos y obligaciones incluso la redistribución de la riqueza de forma voluntaria.

En cualquier caso, todas las orientaciones de la tradición del beneficio mutuo tienen en común el considerar las fronteras estatales como el límite de la acción redistributiva. La cooperación más allá de las fronteras es irrelevante en comparación con la interacción entre individuos dentro del Estado, pues éstos son la comunidad de intereses clave. De acuerdo con la tradición comunitaria, la redistribución tiene que ocurrir dentro de la comunidad, y el Estado-nación es la instancia apropiada para ello, pero lo cierto es que los individuos no siempre se identifican con las comunidades políticas donde habitan, sino que juegan también lazos raciales, sociales y culturales, lo que dificulta intrínsecamente la identificación del ámbito teóricamente representativo. Por otra parte, los Estados reales no coinciden con los grupos sociales y culturales y frecuentemente en un país coexisten varios grupos étnicos o religiosos, y también hay comunidades que se sienten muy unidas aunque vivan en varios países diferentes.

En la medida en que la nacionalidad o la residencia se puedan entender como compromisos voluntarios, el Estado-nación se podría definir como una asociación voluntaria, y en este caso coincidiría el ámbito de la potestad para imponer tributos con las fronteras del Estado-nación, lo que abona un principio de nacionalidad y residencia. El problema lógico de este argumento es que la nacionalidad es más un accidente de nacimiento que el resultado de un compromiso voluntario. Sólo unos pocos individuos tienen una opción real sobre su nacionalidad o su país de residencia. Por ello, la mayoría de los voluntaristas entienden que el Estado-nación no es una asociación voluntaria y reclaman un ámbito redistributivo más reducido todavía⁴⁶².

En suma, dentro de la teoría de la soberanía concierta un amplio consenso la limitación del ámbito de la función redistributiva a los Estados-nación. Por consiguiente, calificar la función redistributiva como propia de los Estados soberanos significa confirmar de modo significativo las limitaciones pragmáticas del enfoque redistributivo⁴⁶³.

⁴⁶² Así NOZICK, Robert: *Anarchy, State, and Utopia*, New York, Basic Books, 1974

⁴⁶³ CAPPELEN, Alexander. The Moral Rationale for International Fiscal Law. En *Ethics & International Affairs*, Vol. 15, n. 1, Marzo 2001. pgs. 104.

6.4.2.- EL ENFOQUE DE LA ASIGNACIÓN

La limitación de la solidaridad a las fronteras nacionales, defendida por todas las orientaciones de la tradición comunitaria, se compadece muy mal con la función social del Estado, y muy señaladamente si partimos de la noción de paliar el estado de necesidad, pues entonces se requeriría un ámbito mucho mayor que el del Estado-nación, ya que seguramente van a existir situaciones de necesidad más graves en otros países. En un mundo globalizado se llega así a la conclusión de que el ámbito de la solidaridad incluye a toda la humanidad. Esta es la posición de los seguidores de Rawls, como Charles Beitz⁴⁶⁴ y Thomas Pogge⁴⁶⁵, que sostienen que la lógica del beneficio mutuo implica que el principio redistributivo debería ser aplicado a escala global. Esta filosofía es la base del enfoque de la asignación, de acuerdo con el cual todas las personas tienen una obligación redistributiva hacia los demás, con independencia de que mantengan o no una relación especial con ellos. Los deberes definidos en un ámbito político concreto, por tanto, sólo pueden ser considerados como una asignación especial de los deberes generales.

Esta teoría, al contrario que el soberanismo, rechaza la noción, fundamental en el Derecho Internacional Tributario existente, de que la potestad se debe a la existencia de una relación relevante que otorga a la entidad política la jurisdicción para gravar. Para los universalistas, la potestad tributaria debería articularse de manera que se consigan objetivos superiores, por ejemplo maximizar el bienestar total mundial.

Aunque en principio parece que esta teoría tiene superioridad moral, su talón de Aquiles es la propia existencia de los Estados-nación, que la desmienten. Ciertamente, existe una contradicción entre los postulados de la teoría moral cosmopolita y la observación práctica de que el ámbito político relevante es el Estado-nación. El enfoque de la asignación, o de la responsabilidad asignada en palabras de Robert Goodin⁴⁶⁶, constituye un intento de conciliar esa tensión. Este enfoque caracteriza a las fronteras estatales como instrumentos prácticos para asignar las responsabilidades que se derivan de unos mismos principios universales. Del mismo modo, viene a compensar la condición de que los seres humanos seamos solo relativamente altruistas. La asignación de potestad tributaria a los Estados-nación podría entenderse entonces

⁴⁶⁴ BEITZ, Charles: *Political Theory and International Relations*. Princeton University Press, 1979

⁴⁶⁵ POGGE, Thomas: *World Poverty and Human Rights: Cosmopolitan Responsibilities and Reforms*, Cambridge: Polity Press, 2002

⁴⁶⁶ GOODIN, Robert: *Reasons for Welfare: The Political Theory of the Welfare State (Studies in Moral, Political, and Legal Philosophy)*. Princeton University Press, 1988.

como como una forma práctica de materializar la responsabilidad universal. Este enfoque justifica así la atribución de la potestad tributaria a los Estados, pero sólo porque asigna la responsabilidad de una forma eficiente. Si se pusiesen en práctica los mecanismos eficaces para una asignación supranacional, el ámbito natural de esta teoría universalista sería supranacional.

Benshalom propone que los Tratados fiscales procuren el avance hacia la redistribución⁴⁶⁷. Para éste, centrarse en el debate entre cosmopolitas y nacionalistas como condición previa para proceder a la redistribución es un error porque se trata de un debate irresoluble. Para unos el ámbito de la justicia humana es universal y para otros exclusivamente nacional. Para Benshalom en cambio hay un camino intermedio, que es utilizar las relaciones comerciales transnacionales para introducir factores correctores. Es decir, esta solución reclama incorporar la redistribución a los tratados fiscales, pero obviamente este resultado no se puede conseguir en ausencia de una acción colectiva decidida, habida cuenta de la alta competencia por captar los factores móviles de producción. Se trata de un clásico problema de acción colectiva porque los mecanismos del mercado impiden solucionar las externalidades negativas de nuestras relaciones comerciales y de inversión con otros países. El sistema fiscal internacional debería incorporar, para Benshalom, acuerdos de asignación de jurisdicción que corrijan las externalidades del mercado y transferir a los países en desarrollo riqueza en forma de jurisdicción para gravar⁴⁶⁸.

En resumen, los modelos basados en la soberanía y, hasta cierto punto, el modelo de la responsabilidad asignada, coinciden en apoyarse en los Estados-nación como instrumento eficaz para realizar la función redistributiva, pero falta por definir una solución que compadezca la naturaleza general de las obligaciones en la visión cosmopolita con la realidad existente de la delimitación de las competencias tributarias entre Estados.

Ciertamente, la atribución de la función redistributiva al Estado-nación no ha permitido hasta ahora generar un elemento redistributivo en la arquitectura de la fiscalidad internacional tal como la conocemos hoy. Es necesario continuar la elaboración teórica sobre el principio de la asignación para modificar la concepción actual de la fiscalidad internacional. Los tratados bilaterales son instrumentos desequilibrados por su propia naturaleza, pues responden a situaciones de desequilibrio, y en esta tensión la parte perjudicada es la más débil, la que más necesita la solidaridad. No es que los países desarrollados carezcan de otros lazos de

⁴⁶⁷ BENSHALOM, Ilan: *The New Poor at Our Gates: Global Justice Implications for International Trade and Tax Law. Faculty Working Papers*. Northwestern University. N 172. 2009. 61 pgs

⁴⁶⁸ Esta es la tesis central de Benshalom, *The new poor at our gates*, 2009, *Íbid.* pg. 6

cooperación con los países en desarrollo, pero esos mecanismos no se extienden a la fiscalidad. Si la jurisdicción se construye sobre la base de las relaciones especiales definidas en el Estado-nación, el resultado seguirá siendo que los países ricos se responsabilizarán de la justicia dentro de su territorio, dejando para los países pobres la redistribución en su propio territorio.

El enfoque de asignación, en suma, demuestra que si encargamos a los países pobres que mejoren la vida de sus ciudadanos necesitados y a los países ricos que mejoren la vida de los suyos, el resultado va a ser injusto, y por tanto se precisa un mecanismo de nivelación de recursos en caso de que la asignación de responsabilidades continúe estando a cargo de los Estados. Dada una estructura jurisdiccional como la existente, la elección entre los diferentes principios a la hora de asignar responsabilidades debería ponderar la eficiencia con los principios de equidad nacional e internacional, y en ciertas situaciones la eficiencia y la equidad nacional deberían ser sacrificadas en aras de la equidad internacional.

La teoría de la asignación propone una solución cuando niega que la jurisdicción fiscal, entendida como la distribución internacional de los recursos fiscales, tenga que estar basada en la existencia de una relación especial entre el país en cuestión y la base imponible. Lo difícil es encontrar mecanismos políticos para materializar esa solución, aunque algunos autores que han defendido que el sistema tributario internacional tenga una función redistributiva han propuesto soluciones.

Una de ellas es la Tasa Tobin, un impuesto a las transacciones financieras ideado por James Tobin en 1971, que sin embargo no nació como un mecanismo redistributivo, sino como un impuesto destinado a frenar la volatilidad de los mercados cambiarios internacionales. No obstante, la idea de Tobin se reformuló a partir de los años 90 por el movimiento antiglobalización y por las ONGs, sugiriendo que su recaudación se destinase a fines sociales o que tuviera por objetivo el control de crisis financieras como la crisis de la deuda soberana en Europa⁴⁶⁹. A pesar de la fuerza de la idea⁴⁷⁰, y de que el impuesto se ha implantado en algunos países como Suecia o el Reino Unido, la Tasa Tobin no parece ser el mecanismo eficaz que supla los problemas del desarrollo, puesto que se gestionaría precisamente por los países desarrollados.

⁴⁶⁹ Véase JOHANNES, K.; CHMURA, Th. y PITZ, Th.: *The Tobin Tax, A Game Theoretical and Experimental Approach*. Social Science Electronic Publishing, 2007

⁴⁷⁰ También Caney ha sugerido explorar la virtualidad de la tasa Tobin como un método viable de acometer una redistribución mundial (CANEY, Simon: *International Distributive Justice*. En *Political Studies*, vol. 49, 2001, pg. 989)

También Pogge propuso un impuesto sobre utilización de recursos naturales (*Global Resources Dividend*)⁴⁷¹ que tampoco se ha llevado a la práctica en parte por falta de apoyo político y en parte porque podría resultar contraproducente para el objetivo de aliviar la pobreza mundial e incluso para su objetivo secundario de garantizar la protección de los recursos naturales. El problema del Impuesto Pogge es que los países ricos en recursos naturales son los menos desarrollados, con lo cual, al gravar esos recursos, el resultado del impuesto puede ser regresivo.

Ni el enfoque de la soberanía ni el de la asignación explican plenamente, desde un punto de vista filosófico, la distribución de la potestad tributaria existente en el derecho fiscal internacional, pero la teoría de la asignación permite albergar esperanzas para un cambio hacia un sistema más redistributivo.

El statu quo actual se debe a que el sistema no está basado tanto en los principios como en puras situaciones fácticas: los Estados-nación tienen el monopolio del poder coercitivo sobre los ciudadanos y lo ejercitan, entre otras cosas, para exigir impuestos. Del mismo modo, las relaciones en la fiscalidad internacional se basan también en situaciones de poder donde unas partes que tienen una posición inicial de poder muy desequilibrada se sientan en una mesa de negociación como iguales, pero sólo en teoría. Las soluciones pasan por la autodisciplina de los Estados, incorporando los principios morales del universalismo en sus mecanismos legislativos⁴⁷², o por la profundización en las instituciones de gobernanza global para la fiscalidad. El marco inclusivo de la OCDE para la implementación de BEPS o el refuerzo del Comité de Expertos de Naciones Unidas acordado en Addis Abeba son pasos en la dirección correcta, aunque a una velocidad mucho más lenta que la que desearían las ONGs y el G77⁴⁷³.

6.5.- CONCLUSIONES

El marco actual de la fiscalidad internacional no incluye entre sus fundamentos la idea de la equidad vertical en la atribución de potestades tributarias. Aunque los países desarrollados no son insensibles a las necesidades del desarrollo, esa solidaridad se expresa por vía de la

⁴⁷¹ POGGE, Thomas: *World Poverty and Human Rights: Cosmopolitan Responsibilities and Reforms*, Cambridge: Polity Press, 2002

⁴⁷² Solución recomendada por el G-20 que algunos países como Irlanda o los Países Bajos están empezando a aplicar ya.

⁴⁷³ Las referencias a esta decepción fueron numerosas en la prensa. Por ejemplo, véase BOULO, J: *Conférence d'Addis Abeba – déception des pays africains et du Sud*. Le Point, 17 de julio de 2015

Ubaldo González de Frutos

Equidad vertical y redistribución internacional

cooperación internacional y la ayuda oficial al desarrollo, pero no se ha incorporado al sistema fiscal internacional, marcando en esto una clara diferencia con los sistemas nacionales.

En este capítulo hemos revisado los principios y los mecanismos políticos que permitirían construir una relación más equitativa en materia de fiscalidad internacional. En el estado actual de la cuestión el punto de partida es el análisis de los criterios de residencia y fuente, un tema muy conocido en fiscalidad internacional desde el punto de vista de la eficiencia que aquí hemos analizado bajo el enfoque de la justicia.

La elección entre el criterio de residencia y fuente surte efectos sobre la equidad, y es que ambos afectan de manera diferente a la capacidad recaudatoria pues la elección determina qué país tiene la jurisdicción para gravar, la elección afecta la distribución internacional de los ingresos tributarios y por tanto a la distribución internacional de la renta. El principio de residencia favorece a los países desarrollados ya que los países exportadores de capital tienden a ser más ricos que los países importadores de capital, y los países en desarrollo reclaman un mayor protagonismo del principio de la fuente, que debería ser el dominante si queremos que exista una cierta redistribución dado que los países pobres suelen ser los importadores de capital. Incluso, aunque no se equiparasen las potestades jurisdiccionales, argumentan los países en desarrollo que debería permitírseles practicar mayores retenciones en la fuente a las rentas salientes para darles una proporción superior de los ingresos fiscales.

Yendo más allá, Dagan⁴⁷⁴ puso de manifiesto el carácter regresivo de los CDIs en general. Examinando la interacción entre las políticas nacionales de los diferentes tipos de países contratantes, llegó a la conclusión de que el verdadero objetivo de un tratado es introducir la máxima desfiscalización posible sin ofrecer a cambio ninguna ventaja notoria, ya que la reducción de la doble imposición consagrada en los Tratados se limita normalmente a reproducir los mecanismos legales unilaterales de reducción de la doble imposición existentes en cada una de las jurisdicciones. El matiz que añaden los Tratados sobre la solución unilateral al problema de la doble imposición es la diferente distribución de potestades impositivas, pues en ausencia de convenio la interacción de las políticas fiscales nacionales permite a los países anfitriones explotar la renta de los inversores extranjeros, mientras que en caso de que existan CDIs, las rentas tenderán a gravarse en residencia.

⁴⁷⁴ DAGAN, Tsilly: The Tax Treaties Myth. En *New York University Journal of International Law and Policy*, 32, Nueva York, 2000, pgs. 939-996.

Ubaldo González de Frutos

Equidad vertical y redistribución internacional

La autolimitación de las potestades tributarias que realiza el Estado no es muy importante cuando los tratados son homogéneos, celebrados entre dos países desarrollados, pero cuando el tratado es heterogéneo, concluido entre países en desarrollo y desarrollados, la reasignación de los ingresos fiscales es regresiva porque beneficia a los países desarrollados en detrimento de los países en desarrollo.

A pesar de que el contexto político de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas parece propicio a cambios que reequilibren el ejercicio de la jurisdicción fiscal, como mínimo eliminando los efectos de regresividad, sin embargo la Conferencia de Addis Abeba de FpD ha demostrado que no es posible llevar a cabo cambios sustanciales en ausencia de un consenso político, que hoy por hoy está lejos de vislumbrarse. En consecuencia, emerge la necesidad de emprender cambios graduales en el camino de la equidad. Es posible incorporar gradualmente cambios en el proceso legislativo, tanto en los países desarrollados como en los países en desarrollo, a la hora de establecer sus políticas de fiscalidad internacional. La petición del G-20 a sus miembros para que, como un trámite necesario en el proceso legislativo, examinen los efectos colaterales de sus medidas fiscales, es un paso en la dirección correcta, y los debates sobre competencia fiscal perniciosa en los países en desarrollo podrían ir en la misma dirección, pues también es responsabilidad de los países en desarrollo el proteger sus bases imponibles cuando negocian tratados.

En el sistema vigente, especialmente si los convenios se basan en Modelo de la OCDE, predomina el criterio de residencia porque teóricamente garantiza una asignación eficiente de recursos ya que asegura que la rentabilidad del capital antes de impuestos será homogénea. Este criterio, sin embargo, convive sin problemas con el de tributación en la fuente, incluso hay aportaciones teóricas, que hemos examinado en este capítulo, como las de Harding, Vogel, o Schanz, que defienden la supremacía conceptual del principio de la tributación en la fuente. Los países en desarrollo tienen a su alcance el instrumento del Modelo de Naciones Unidas para lograr tratados con una atribución de potestades más equilibrada.

Un problema fundamental a la hora de introducir mecanismos correctores para una redistribución internacional es que las organizaciones políticas encargadas de materializar los principios de solidaridad son los Estados-nación, y la filosofía que los inspira, basada en el enfoque de la soberanía en cualquiera de sus versiones – teoría del beneficio mutuo, tradición comunitaria o tradición voluntarista— establece como ámbito de actuación para cumplir los

ideales de solidaridad las fronteras del Estado nación. La lógica de este pensamiento llevaría a reclamar un ámbito político de decisión supranacional, pero preconizar esta solución pecaría de ingenuidad. En su lugar, una forma de superar esta limitación es la teoría rawlesiana que fundamenta el enfoque de la asignación, que para Cappelen ofrece el fundamento filosófico para un ejercicio de la solidaridad más allá de las fronteras en el mundo globalizado⁴⁷⁵. Este enfoque sostiene que todas las personas tienen una obligación redistributiva hacia los demás, con independencia de que mantengan o no una relación especial con ellos. Los deberes definidos en un ámbito político concreto, por tanto, sólo pueden ser considerados como una asignación especial de los deberes generales. Este enfoque permite la atribución de la jurisdicción tributaria a los Estados, pero sólo en la medida en que asigna la responsabilidad de una forma eficiente. Si se pusiesen en práctica los mecanismos eficaces para una asignación supranacional, el ámbito natural de esta teoría universalista sería supranacional.

En definitiva, la solidaridad internacional sólo puede practicarse de dos modos: o bien se encomienda a una autoridad central –solución que, en el contexto político actual no parece demasiado factible a corto plazo– o bien se coordinan las actuaciones individuales de los Estados en torno a directrices internacionales tipo *soft law* o buenas prácticas, fórmula que parece mucho más factible.

Una vez que BEPS ha restablecido la confianza en el sistema mediante la coherencia de las legislaciones nacionales, la alineación de las bases imponibles con la sustancia económica y mediante la transparencia a muchos niveles, es el momento de abordar de debate entre residencia y fuente que el Plan de Acción de BEPS dejó al margen ante las urgencias de solucionar los problemas estructurales de BEPS. La apertura a la participación de países en desarrollo que ofrece el Marco Inclusivo y la experiencia en la negociación del Convenio Multilateral de la Acción 15 de BEPS son un buen comienzo.

⁴⁷⁵ CAPPELEN, Alexander. The Moral Rationale for International Fiscal Law. En *Ethics & International Affairs*, Vol. 15, n. 1, Marzo 2001. pg. 107

7.- Equidad entre naciones y multilateralismo

7.1.- INTRODUCCIÓN

Examinadas en los capítulos precedentes las dimensiones horizontal y vertical de la equidad entre naciones, nos preguntamos ahora hasta qué punto la relativa inequidad existente se debe al diseño de las relaciones internacionales en fiscalidad, construidas sobre el principio de bilateralidad de forma casi absoluta. Reflexionamos sobre las oportunidades que a los países en desarrollo brinda el emergente multilateralismo, con especial atención a la posible atribución de la potestad tributaria por medio de un convenio multilateral que supere algunas carencias de los actuales bilaterales, por ejemplo asegurando una mayor virtualidad del principio de tributación en la fuente, lo que debería favorecer la consecución de la equidad internacional y el logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Veremos también un argumento importante para defender la existencia de acuerdos multilaterales, como son las externalidades de la política fiscal, y el encaje de la multilateralidad en el marco de las dos orientaciones filosóficas dominantes: cosmopolitismo o nacionalismo, con la propuesta de soluciones intermedias que permitan que uno y otro coexistan.

Como demuestra el marco de evaluación propuesto por Gabriella Blum⁴⁷⁶, desde el punto de vista de la equidad son incuestionables las ventajas de un Convenio multilateral de fiscalidad directa, aunque aquí no nos referimos al limitado Convenio Multilateral de la Acción 15 de BEPS, sino a uno general.

Una de las consecuencias de la globalización y del progreso económico alcanzado por los países en desarrollo durante la vigencia de los Objetivos de Desarrollo del Milenio es la emergencia de

⁴⁷⁶ BLUM, Gabriela: *Bilateralism, Multilateralism and the Architecture of International Law*. En *Harvard International Law*. Volumen 49, núm. 2, 2008, pgs. 323 a 379

un multilateralismo que avanza con pujanza en el marco del sistema tributario internacional. A este resultado no es ajena la emergencia de nuevas potencias económicas, como India o China, que sin haber perdido plenamente su carácter de país en desarrollo, se sientan no obstante en el G-20 para fijar la agenda económica mundial.

El multilateralismo no es nuevo; el primer tratado fiscal multilateral se firmó en 1921 por Austria, Hungría, Italia, Polonia, Rumanía y el Reino de Serbios, Croatas y Eslovenos⁴⁷⁷, y sin embargo ha estado prácticamente ausente de la arquitectura del sistema fiscal internacional⁴⁷⁸. El origen del bilateralismo se remonta al Comité Fiscal de la Sociedad de las Naciones, que en 1927 publicó un Borrador de Tratado en forma bilateral. El Comité justificó su decisión en el hecho de que, aunque lo deseable sería que se firmasen una o más convenciones multilaterales, la disparidad de los sistemas fiscales de los diversos países hace que “en el momento presente” (1927) sea prácticamente imposible redactar una convención tal, salvo que fuera tan general que quedase prácticamente vacía de contenido⁴⁷⁹. Seguía el Comité expresando su deseo de que, a través de la práctica de los Convenios bilaterales ajustados al Modelo, se introdujera una cierta dosis de uniformidad en el sistema fiscal internacional y que, en un momento posterior, se pudiera establecer un sistema de convenciones generales que hiciera posible la unificación y codificación de las reglas contenidas en el Modelo. Lo que nos preguntamos en este capítulo, haciéndonos eco de trabajos anteriores⁴⁸⁰, es hasta qué punto se dan las circunstancias, sobre todo de homogeneidad de los sistemas fiscales nacionales, que según los redactores del Modelo de 1927 eran precisas para poder pactar el deseable tratado multilateral.

El multilateralismo tributario se ha intensificado notoriamente en el último lustro. En 2010, la OCDE tomó la antigua Convención Multilateral sobre Asistencia Administrativa Mutua en

⁴⁷⁷ Aunque el tratado nunca llegó a entrar en vigor porque finalmente sólo lo ratificaron Italia y Austria. La falta de ratificación es un ejemplo de los problemas de la multilateralidad que examinaremos en este capítulo. Para la cita histórica de este tratado Véase LEPARD, Brian D. “Is the United States obligated to drive on the right? A multidisciplinary inquiry into the normative authority of contemporary international tax law using the Arm’s Length Standards as a case study. [en línea] En *Duke Journal of Comparative & International Law* 43-190, 1999. Disponible en <http://scholarship.law.duke.edu/djcil/vol10/iss1/3> [consulta 24 de enero de 2016], página 60.

⁴⁷⁸ Excepto por tratados regionales como la Convención Nórdica, El Pacto Andino de 1971, el Tratado Fiscal del Caribe (CARICOM), o el Tratado de la Unión Árabe del Magreb.

⁴⁷⁹ Citado por Lepard, *Is the U.S...?*, 1999, íbidem, pg. 61.

⁴⁸⁰ Especialmente THURONYI, Victor: *International Tax Co-operation and a Multilateral Treaty*. En *Brooklyn Journal of International Tax Law*, no. 26, 1641, 2001, RING, Diane. *Prospects for a Multilateral Tax Treaty*. En *Brooklyn Journal of International Law* 26, no.4, 2001, pgs. 1699-1710 o BROOKS, Kim: *The Potential of Multilateral Tax Treaties*. En *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*, Michael Lang et. al. eds., IBFD, 2010. Esta última realiza una revisión crítica de la literatura existente.

Materia Fiscal⁴⁸¹, un instrumento negociado en 1988 que no había tenido excesiva aplicación, lo reformó mediante un Protocolo adicional⁴⁸², a la vez que lo abrió a la firma de todos los países interesados⁴⁸³, con el sorprendente resultado de que en cinco años el número de Estados signatarios de la Convención ha multiplicado por tres el de la convención originaria, y ya supera el centenar⁴⁸⁴. Esta cifra, de por sí llamativa, lo es más si tenemos en cuenta que incluye un buen número de jurisdicciones que hace muy pocos años eran paraísos fiscales sin ningún tipo de cooperación para la asistencia tributaria mutua hoy son partes de la Convención.

Otro cambio fundamental ha ocurrido a partir de la decisión del G-20, adoptada en 2011, de dar un salto cualitativo en la lucha contra la opacidad y los paraísos fiscales⁴⁸⁵ y cambiar el estándar internacional de intercambio de información, pasando del intercambio a requerimiento al intercambio automático. El 19 de abril de 2013 los Ministros de Finanzas del G-20 respaldaron el nuevo estándar y en junio lo aprobaron los líderes del G20. Desde entonces, la OCDE ha trabajado con rapidez para disponer la infraestructura técnica y jurídica necesaria, de cuyos esfuerzos ha surgido el Convenio Multilateral de Autoridades Competentes⁴⁸⁶, basado en el artículo 6 de la Convención Multilateral sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal, que brinda el soporte jurídico inmediato para poner en marcha el intercambio automático de información en septiembre de 2017. Una muestra del creciente multilateralismo es que en octubre de 2014 ya había 51 jurisdicciones adheridas al Acuerdo Multilateral entre Autoridades Competentes para el Intercambio Automático de Información Financiera, cifra que el 2 de noviembre de 2016 llegó los 87 signatarios⁴⁸⁷. El acuerdo especifica los detalles de la información a intercambiar, los plazos y otras circunstancias materiales especificadas en la

⁴⁸¹ OCDE-CONSEJO DE EUROPA. *Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal*. 1988 [en línea] Disponible en <http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/48094024.pdf> [consulta 21 de marzo de 2016].

⁴⁸² Protocolo que entró en vigor el 1 de junio de 2011. OCDE-CONSEJO DE EUROPA. *Protocol Amending the Multilateral Convention on Administrative Assistance in Tax Matters* [en línea] [http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/2010 Protocol Amending the Convention.pdf](http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/2010%20Protocol%20Amending%20the%20Convention.pdf) [consulta 21 de marzo de 2016]

⁴⁸³ hasta entonces había estado limitado a los países miembros de la OCDE y del Consejo de Europa

⁴⁸⁴ La Convención original fue firmada por 30 Estados, aunque muchos de ellos no llegaron a ratificarla. Con la ratificación por Kenia el 16 de febrero de 2016, la Convención actual, corregida por el Protocolo de 2010, alcanza ya los 94 signatarios (<http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/MCAA-Signatories.pdf>)

⁴⁸⁵ OCDE: *The Era of Bank Secrecy is Over*. [en línea], 2011. Disponible en <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/48996146.pdf> [Consulta 25 de enero de 2016]

⁴⁸⁶ OCDE: *The CRS Multilateral Competent Authority Agreement*. [en línea] 29 de octubre de 2014. Disponible en <https://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/international-framework-for-the-crs/> [consulta 21 de marzo de 2016]

⁴⁸⁷ <http://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/international-framework-for-the-crs/MCAA-Signatories.pdf>

norma internacional de intercambio. En agosto de 2015 se publicó el manual de implementación de la norma internacional⁴⁸⁸, que supone un nuevo paso en el multilateralismo al ofrecer soluciones para una implementación consistente en los 87 países signatarios del acuerdo multilateral.

El éxito de la Convención Multilateral sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal y del Convenio Multilateral de Autoridades Competentes se cimienta a su vez en otro ejemplo de un multilateralismo constructivo, el Foro Global de Transparencia e Intercambio de Información Tributaria, que cuando se escriben estas líneas⁴⁸⁹ cuenta con 137 miembros.

El último eslabón de esta cadena, por ahora, es la Convención Multilateral para Implementar las Medidas de BEPS Relativas a los Tratados⁴⁹⁰, acordado el 25 de noviembre de 2016 a partir de la Acción 15 del Plan BEPS⁴⁹¹, un tratado que se abrirá a la firma en 2017 y que contará con una ceremonia de firma en París en junio de 2017. Es difícil predecir cuántos países serán miembros, pero en el grupo ad hoc que se encargó de redactar el borrador hubo más de 100 miembros, incluyendo las organizaciones internacionales regionales de carácter fiscal (ATAF, CIAT, CREDAF) que presumiblemente apoyarán su firma, precisamente por los beneficios para la equidad entre naciones, especialmente al evitar el “*Treaty Shopping*” y ampliar el estatuto de establecimiento permanente.

Estas innovaciones, surgidas de una forma muy rápida, nos dan pie a hablar de un “nuevo multilateralismo fiscal”, que emerge en contraposición al bilateralismo que ha caracterizado al Siglo XX, aunque justo es decir que el bilateralismo no está, ni mucho menos, agotado. Una simple mirada al sistema vigente confirma que nuestro modelo es preeminentemente bilateral, no sólo por los más de 3.000 CDIs existentes⁴⁹², sino porque las dos organizaciones

⁴⁸⁸ OCDE: *Standard for Automatic Exchange of Financial Information. Implementation Handbook*. [en línea], disponible en <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/implementation-handbook-standard-for-automatic-exchange-of-financial-information-in-tax-matters.pdf> [consulta 23 de marzo de 2016]

⁴⁸⁹ 10 de diciembre de 2016 (<http://www.oecd.org/tax/transparency/about-the-global-forum/members/>)

⁴⁹⁰ OCDE: *Multilateral Convention to Implement Tax Treaties Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting* <http://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf> [consulta 10 de diciembre de 2016]

⁴⁹¹ OCDE: *Action 15, A Mandate for the Development of a Multilateral Instrument on Tax Treaty Measures to Tackle BEPS. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, [en línea] Disponible en <https://www.oecd.org/ctp/beps-action-15-mandate-for-development-of-multilateral-instrument.pdf> [consulta 20 marzo 2016]

⁴⁹² No existe una institución común que sea depositaria de los CDIs, y por tanto es difícil el recuento de los existentes. La cifra de 3.000 se ofrece, por ejemplo, por el Instituto de Censores Jurados de

internacionales que promueven la firma de convenios fiscales, la OCDE y la ONU, recomiendan la firma de tratados bilaterales en sus respectivos modelos de convenio para prevenir la doble imposición.

Esto no significa que no existan instrumentos multilaterales, especialmente en el ámbito regional, como son la Convención Nórdica⁴⁹³, el Pacto Andino de 1971⁴⁹⁴, el Modelo de la Comunidad Económica de Naciones Asiáticas (ASEAN)⁴⁹⁵, el Tratado Fiscal del Caribe (CARICOM)⁴⁹⁶, el expirado tratado del COMECON⁴⁹⁷, o el Tratado de la Unión Árabe del Magreb, pero la prevalencia del principio bilateral es tal que, incluso en estos países, los instrumentos multilaterales se han superpuesto a los tratados bilaterales existentes entre las partes, sin sustituirlos. Existen otros tratados multilaterales en materia de fiscalidad de ámbito más restringido, como la Convención para la Eliminación de la Doble Imposición en caso de Corrección de los Beneficios de Empresas Asociadas ("Convenio Europeo de Arbitraje"⁴⁹⁸), que establece un procedimiento para resolver controversias cuando la doble imposición, consecuencia de un ajuste administrativo en materia de precios de transferencia, se produce entre sociedades residentes en Estados Miembros de la UE.

La dificultad de concluir acuerdos multilaterales se ejemplifica precisamente en Europa, el área regional más integrada del mundo. En 1992, cuando la Comisión Europea convocó el Comité denominado Ruding, un grupo de expertos independientes para la reforma del Impuesto de Sociedades, pese a la búsqueda de mayor uniformidad en las transacciones transfronterizas en el

Cuentas de Inglaterra y Gales, ICAEW (<http://www.icaew.com/en/library/key-resources/double-tax-treaties>). La base de datos más completa es la del International Bureau of Fiscal Documentation, IBFD, que no especifica el número de CDIs que contiene, aunque su base de datos contiene 10.000 documentos, incluyendo también acuerdos de intercambio de información y de Seguridad Social, protocolos, enmiendas, acuerdos suplementarios y canjes de notas (<http://www.ibfd.org/IBFD-Products/Tax-Treaties-Database>).

⁴⁹³ Convención entre los Países Nórdicos para la eliminación de la Doble Imposición con respecto a la renta y el Patrimonio, de 23 de septiembre de 1996.

⁴⁹⁴ Convenio para Evitar la Doble Tributación Entre los Países Miembros. Hecho en Cartagena de Indias el 16 de Noviembre de 1971.

⁴⁹⁵ Intra-ASEAN Model Double Tax Convention, 15 Dec. 1987.

⁴⁹⁶ Hecho el 6 de julio de 1994, incluye Antigua, Barbuda, Belize, granada, Jamaica, St. Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente, Trinidad y Tobago.

⁴⁹⁷ Acuerdo entre Bulgaria, Rep. Checoslovaca, Rep. Democrática de Alemania, Hungría, Mongolia, Polonia y Rusia, hecho el 21 de junio de 1978.

⁴⁹⁸ EU: Convenio 90/436/CEE sobre eliminación de la doble imposición en caso de en caso de rectificación de beneficios entre empresas asociadas. [en línea] disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3A126038> [consulta 23 de marzo de 2016]

mercado interior, y a la relativa homogeneidad de los impuestos de sociedades en la Unión, el informe Ruding no llegó a proponer un tratado multilateral⁴⁹⁹.

La importancia de la multilateralidad para la equidad entre naciones radica en superar el desequilibrio de la relación bilateral inherente a una negociación donde la parte más fuerte económicamente tiene más posibilidades de obtener un resultado favorable a sus intereses, ya que ambas partes asumen como un postulado de la negociación que el tratado va destinado a mejorar el clima para la inversión en el país en desarrollo, y que la desfiscalización de las rentas procedentes del país de la fuente son el mejor camino para fomentar esa inversión. Operando sobre la base de estas asunciones, el bilateralismo acentúa la situación de desequilibrio en lugar de corregirla, dando lugar a lo que Blum ha denominado “uniformidad discriminatoria”⁵⁰⁰.

7.2.- ANTECEDENTES

En la génesis del sistema fiscal internacional ya se contempló la posibilidad de la convención multilateral. En 1927, el Comité Fiscal de la Sociedad de las Naciones publicó su Modelo de Tratado que tenía carácter bilateral, pero no por convencimiento de la superioridad de este tipo de relación sino por una cuestión de pura pragmática. Mientras que el Comité Fiscal creía en la superioridad de un Convenio Multilateral, proponía un modelo bilateral, porque “los sistemas fiscales de las diversas naciones son tan distintos que en el momento presente sería prácticamente imposible redactar una convención multilateral, a menos que se expresara en términos tan generales que la dejaran prácticamente vacía”⁵⁰¹.

El Comité Fiscal optó por el modelo bilateral como una solución interina, en la confianza de que el modelo introduciría una cierta uniformidad en la fiscalidad internacional de suerte que, en un estadio posterior de la evolución de este Derecho internacional tributario, pueda establecerse un sistema de convenciones generales que permita la unificación y la codificación de las normas existentes hasta entonces”⁵⁰². El Comité de Expertos, apoyado por la Cámara de Comercio Internacional y por T.S Adams, siguió presionando a favor de la solución multilateral, como remedio contra la complejidad, las dificultades de administración, y la dispersión de los tratados

⁴⁹⁹ A pesar de lo que sostiene, Graetz, en *The original intent...* 1997, íbid. pg. 1106. Véase el Informe Ruding en EU: Report of the Committee of independent experts on company taxation. Luxemburgo, 1992, 470 pgs. [on line] Disponible en <http://bookshop.europa.eu/en/report-of-the-committee-of-independent-experts-on-company-taxation-pbC17492798/> [consulta 20 marzo 2016]

⁵⁰⁰ BLUM, Gabriela: “Bilateralism, Multilateralism and the Architecture of International Law”. En *Harvard International Law*. Volumen 49, núm. 2, 2008, pg. 340

⁵⁰¹ Véase Lepar, *Is the US obligated...*? Íbidem, 1999, pg. 61

⁵⁰² Lepar, *Is the US obligated...*? Íbidem, 1999, pg. 62

Ubaldo González de Frutos

Equidad entre naciones y multilateralismo

bilaterales⁵⁰³. Sin embargo, en su reunión de 1928, el Comité no adoptó ninguna acción al respecto⁵⁰⁴, aunque en 1929 volvió a recomendar la adopción de una Convención Multilateral porque “fomentaría de manera importante el movimiento para reducir la doble imposición mediante una legislación uniforme, un método que en muchas facetas es obviamente superior al método de reducción de la doble imposición mediante la instrumentalización de los Convenios bilaterales”⁵⁰⁵. El Comité llegó incluso a nombrar un subcomité para que redactase una convención multilateral. El Informe, que fue encomendado al Profesor Carroll, sirvió para recomendar en 1933 los métodos de distribución de beneficios entre multinacionales. Además, el Comité Fiscal redactó finalmente un Modelo de Convenio (el Borrador de 1933), que fue elevado al Consejo como la base para una Convención Multilateral, y recomendó se enviase a los Gobiernos para que mostrasen su interés por tal Convención⁵⁰⁶. Por desgracia, sólo un reducido número de países se mostró favorable a firmar un convenio multilateral sobre la base del borrador de 1933, lo que llevó al Comité a proponer seguir progresando por la vía de los acuerdos bilaterales, en el bien entendido de que la promulgación del Modelo llevaría, como efectivamente así ha ocurrido, de forma casi automática, a una uniformidad de la legislación y las prácticas administrativas, a la vez que permitía la adaptabilidad a las circunstancias especiales existentes en cada país o par de países⁵⁰⁷.

Con posterioridad a la Segunda Gran Guerra, la sede del debate sobre las reglas de fiscalidad internacional pasó de la Sociedad de las Naciones a la Organización Europea para la Cooperación Económica, antecedente directo de la OCDE. Pues bien, en 1958 el Comité Fiscal de la OECE recomendó la elaboración de un nuevo modelo bilateral que fuera aceptable por todos los estados miembros y, con el tiempo, su sustitución por un tratado multilateral⁵⁰⁸.

El momento clave está en 1963, cuando la OCDE preparó el Proyecto del Convenio, y posteriormente cuando discutió el Convenio Modelo de 1977. De acuerdo con la narrativa oficial, el Comité de Asuntos Fiscales consideró la posibilidad de elaborar y concluir un Convenio Tributario Multilateral y llegó a la conclusión de que la tarea encontraría grandes dificultades. Reconoció, sin embargo, que sería factible para ciertos grupos de países miembros considerar la posibilidad de concluir tales Convenios entre ellos tomando como pauta el

⁵⁰³ Graetz, *The original intent...*, 1997, *ibidem* pgs. 1082 y 1105.

⁵⁰⁴ Véase Graetz, 1997, pgs. 1105 - 1006

⁵⁰⁵ Lepar. *Is the US obligated...*? 1999, *ibidem*, pg. 64

⁵⁰⁶ Lepar. *Is the US obligated...*? 1999, *ibidem*, pg. 66

⁵⁰⁷ Lepar. *Is the US obligated...*? 1999, *ibidem*, pg. 68

⁵⁰⁸ Lepar. *Is the US obligated...*? 1999, *ibidem*, pg. 71

Convenio Modelo, sin perjuicio de las adaptaciones que pudiesen estimar necesarias para sus fines particulares. La posición oficial del Comité de Asuntos Fiscales es que a pesar del Convenio Nórdico sobre la Renta y el Patrimonio, concluido entre Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia, o de la Convención Multilateral de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal, no hay razones para creer que la conclusión de convenios tributarios multilaterales entre todos los países miembros sería viable “en el momento actual”. Por consiguiente, los Convenios bilaterales son todavía el medio más adecuado para procurar la eliminación de la doble imposición a nivel internacional⁵⁰⁹.

A pesar de la negativa de la OCDE, la doctrina ha seguido examinando las ventajas de un convenio multilateral y las posibilidades de llevarlo a la práctica. En 1997 escribía Graetz⁵¹⁰: “La necesidad de un tratado multilateral se siente hoy más si cabe, pero las posibilidades de que exista siguen siendo bajas”. La gran estabilidad de que ha disfrutado el MCOCDE ha inhibido cualquier otra propuesta, a diferencia de reformas como el sistema monetario internacional o los acuerdos de comercio a través del GATT⁵¹¹, pero el debate sigue vivo porque para los países en desarrollo la existencia de una arquitectura bilateral o multilateral no es indiferente, sino que existe la creencia de un Convenio Multilateral tutelaría mejor los intereses de los países en desarrollo al atribuir mayores potestades tributarias en la fuente, tal como hemos visto en el capítulo precedente.

En torno al milenio, varios autores escribieron sobre la conveniencia de un instrumento multilateral, siendo el más influyente probablemente Thuronyi⁵¹². Thuronyi abordaba el problema desde una perspectiva práctica y proponía una solución para desbloquear el debate. Para Thuronyi el meollo no está tanto en el contenido como en el proceso. Para demostrar la viabilidad del instrumento multilateral, proponía una conferencia internacional a partir de la base de la OCDE, o bien de la Organización Mundial del Comercio, con el consenso como regla de voto. El mismo optimismo sobre la viabilidad de un tratado multilateral mediante el proceso

⁵⁰⁹ OCDE: *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y el Patrimonio*. [en línea] OCDE, 2014. Disponible en <http://www.oecd.org/ctp/treaties/2014-model-tax-convention-articles.pdf> [consulta 6 Febrero 2016], página 16.

⁵¹⁰ Graetz, The original intent... íbidem, 1997, página 1107

⁵¹¹ GRAETZ, Micahel J.: “The “Original Intent” of US International Taxation”. En *Faculty Scholarship Services* [en línea] Vol. 46, 1997, pgs. 1021 a 1109. Disponible en <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=dlj> [Consulta: 15 enero 2016]

⁵¹² THURONYI, Victor: International Tax Co-operation and a Multilateral Treaty. En *Brooklin Journal of International Tax Law*, no. 26, 1641, 2001

adecuado fue también el punto de vista adoptado por Ring⁵¹³. Pese a estas propuestas, sin embargo, la comunidad internacional siguió en su esquema de relaciones bilaterales. Esta situación puede que cambie gracias al Proyecto BEPS, de inspiración multilateralista⁵¹⁴.

En particular, la Acción 15 propuso el desarrollo de un Instrumento Multilateral para implementar BEPS⁵¹⁵, que se concluyó en apenas un año de trabajo el 24 y 25 de noviembre de 2016⁵¹⁶, y este hecho supone un cambio de gran transcendencia en el futuro de la concertación fiscal internacional. No se trata de que el Convenio Multilateral de BEPS haya producido cambios sustantivos en la atribución de la potestad tributaria, resultado que quedó excluido *ab initio* por la limitación del mandato al Grupo Ad Hoc a la exclusiva implementación de los resultados de las restantes 14 Acciones⁵¹⁷. Sin embargo, el éxito del proceso ha demostrado que la concertación es posible y que es viable una Convención fiscal de ámbito general.

La Acción 15, efectivamente, puede tener una influencia más allá de su planteamiento utilitario. La conclusión eficaz de un tratado multilateral dedicado a evitar la evasión fiscal es una clara afirmación política sobre la viabilidad de un tratado multilateral, lo que ha de inaugurar una

⁵¹³ RING, Diane. Prospects for a Multilateral Tax Treaty. En *Brooklyn Journal of International Law* 26, no.4, 2001, pgs. 1699-1710.

⁵¹⁴ Así se recoge por el Plan de Acción: “Como los líderes del G20 han señalado: pese a los riesgos a los que nos enfrentamos nacionalmente, estamos de acuerdo en que el multilateralismo tiene una importancia aún mayor en la situación actual y sigue siendo nuestro mejor recurso para resolver los problemas de la economía mundial”. OCDE, Plan de Acción...ibidem, página 13.

⁵¹⁵ “Existe la necesidad de considerar formas innovadoras para implementar las medidas resultantes del Plan de acción de la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios. El cumplimiento de las acciones incluidas en el Plan de acción sobre la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios dará lugar a una serie de resultados. Algunas acciones darán lugar probablemente a recomendaciones relacionadas con disposiciones legales internas, así como a cambios en los Comentarios al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y a las Directrices en materia de precios de transferencia de la OCDE. Probablemente, otras acciones darán lugar a cambios en el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. Este es el caso por ejemplo de la introducción de una disposición anti-abuso de convenio, de los cambios en la definición de EP, de los cambios en las disposiciones sobre precios de transferencia y de la introducción de nuevas disposiciones en el Convenio en relación con los desajustes por mecanismos híbridos. Los cambios en el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE no serán directamente efectivos sin las correspondientes enmiendas de los convenios fiscales bilaterales. Si el proceso se aborda convenio por convenio, el gran número de convenios en vigor puede hacer que este proceso sea muy largo, y más aún cuando los países se embarquen en renegociaciones generales de sus convenios fiscales bilaterales. Un instrumento multilateral que modifique los convenios bilaterales es una prometedora vía de avance en este sentido”. OCDE, Plan de Acción... Ibidem, Página 28.

⁵¹⁶ OCDE: Multilateral Convention to Implement Tax Treaties Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting. Disponible en <http://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf> [consulta 10 de diciembre de 2016]

⁵¹⁷ OCDE: Action 15, A Mandate for the Development of a Multilateral Instrument on Tax Treaty Measures to Tackle BEPS. 2015. [en línea] <http://www.oecd.org/ctp/beps-action-15-mandate-for-development-of-multilateral-instrument.pdf> [consulta 23 de marzo 2016]

nueva era en el campo de los tratados fiscales⁵¹⁸. Las futuras negociaciones de tratados bilaterales tendrán que tener en cuenta el tratado multilateral, y su mera existencia puede mostrar el camino a un tratado multilateral de alcance general.

En suma, la Acción 15 abre nuevos horizontes a la cuestión de la justicia distributiva, no tanto por las escasas innovaciones sustantivas del IML sobre el equilibrio de potestades tributarias⁵¹⁹, —no podía hacerlo porque su mandato estaba limitado a los aspectos de implementación de BEPS— como por su valor simbólico y como precedente y por haber enseñado a los negociadores cómo acordar una Convención Multilateral.

Como razonamos en el capítulo anterior, el sistema vigente, basado en la preponderancia del Estado-nación como agente fundamental del proceso político, no ha sido capaz hasta ahora de utilizar la imposición internacional para corregir los desequilibrios territoriales, pero un nuevo multilateralismo puede generar un sistema más equitativo que favorezca un equilibrio de poderes, e incluso una cierta redistribución, aunque no se debe confundir la esperanza con la fe: los mecanismos de la acción política hacen difícil la alteración del *statu quo*, como evidencian los resultados de la III Conferencia de Naciones Unidas para la Financiación para el Desarrollo de Addis Abeba en julio de 2015⁵²⁰. Esto es debido en parte a los propios países en desarrollo, pues en un escenario de negociación de una reforma global surgen posiciones estratégicas para ganar en competitividad.

El multilateralismo fiscal se apoya en una teoría general del multilateralismo general, ideología que empezó a ganar terreno en la postguerra mundial y que se ha acelerado de manera especial en las dos últimas décadas a consecuencia de la globalización⁵²¹. En la actualidad está

⁵¹⁸ Opinión defendida por SCHWARZ, Jonathan: *Multilateral Tax Treaty: If we build it, will they come?* [en línea] 5 de septiembre de 2005. Kluwer International Tax Blog. Disponible en <http://www.kluwertaxlawblog.com/blog/2015/09/05/multilateral-tax-treaty-if-we-build-it-will-they-come/> [consulta 23 de marzo de 2016]

⁵¹⁹ por ejemplo, alternado la distribución actual de residencia/fuente y dando mayor peso a la última

⁵²⁰ ONU: *Tercera Conferencia Internacional de Financiación para el Desarrollo. Agenda de Acción de Addis Abeba*. [en línea] 13-16 julio 2015. Naciones Unidas, A/CONF.227/L.1 Disponible en http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/CONF.227/L.1&referer=/english/&Lang=S [consulta 5 Feb 2016]

⁵²¹ En palabras de Ban-Ki-Moon, Secretario General de Naciones Unidas, “ha llegado la hora de un multilateralismo renovado, un multilateralismo que ofrezca resultados reales al pueblo en tiempo real”. Citado por BROOKS, Kim: *The Potential of Multilateral Tax Treaties*. En *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*, Michael Lang et. al. eds., IBFD, 2010.

emergiendo un Derecho internacional multilateral en áreas diversas: medioambientales⁵²², energía nuclear⁵²³, inversión internacional⁵²⁴ o trabajo y relaciones laborales⁵²⁵. En este multilateralismo tiene una importancia fundamental el “*soft law*” internacional, un conjunto de instrumentos que van desde tratados, donde sólo se incluyen obligaciones genéricas a resoluciones no vinculantes o códigos de conducta voluntarios. En la “*ley blanda*” internacional encontramos normas creadas por los Estados que no pretenden ser de aplicación directa. Sin embargo, de ello tampoco se deduce que el *Derecho blando* carezca de efecto legal, pues los Estados firmantes han contratado de buena fe. En consecuencia, aunque un documento de *soft law* no dé lugar a una norma de aplicación directa, sí se puede utilizar para demostrar el reconocimiento de una determinada norma o principio por los Estados parte en el mismo⁵²⁶. El liderazgo político de instituciones nuevas, como el G-20, que presta atención específica a los problemas de la fiscalidad y el desarrollo y promueve un sistema fiscal internacional más solidario, es un catalizador importante en la aplicación de esta nueva filosofía a las relaciones fiscales.

Ahora bien, una acción concertada requiere una causa, y es posible que la consecución de un objetivo redistributivo o de justicia no provea el impulso necesario, máxime cuando existen mecanismos políticos por el lado del gasto para lograr la solidaridad. Por eso, la emergente teoría de las externalidades negativas de la imposición internacional es relevante y, en consecuencia, le dedicamos el siguiente epígrafe.

⁵²² PALMER, G.: New ways to make international environmental law. En *American Journal of International Law*, 259. 1992

⁵²³ PELZER, N. (2010), Nuclear New Build: New Nuclear Law?, En *Nuclear Law Bulletin*, Vol. 2009/2, TURBÉK, Z: "Global nuclear law in the making?: Joint exercise of public powers in the nuclear field: the case of the revision of the International Basic Safety Standards", *Nuclear Law Bulletin*, Vol. 2012/1

⁵²⁴ OCDE: International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations. A Companion Volume to International Investment Perspectives. 2008. [en línea, disponible en <http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/40471468.pdf>]. Consulta 23 de marzo de 2016

⁵²⁵ DILLER, J.M. y LEVY, D.A.: Child Labor, Trade and Investment: Toward the Harmonization of International Law. *The American Journal of International Law* Vol. 91, No. 4, 1997.

⁵²⁶ CHINKIN, C. M.: The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law. En *International and Comparative Law Quarterly*, 38, 1989.

7.3.- EXTERNALIDADES NEGATIVAS EN LA FISCALIDAD INTERNACIONAL

Un argumento de peso a la hora de defender la acción colectiva y el multilateralismo es la existencia de externalidades negativas en la fiscalidad internacional. Si la política fiscal de un país, plasmada en sus leyes nacionales o en sus tratados, afecta exclusivamente a los inversores que obtienen rentas o que son residentes en dicho país, las consecuencias de una política fiscal determinada, aun siendo importantes, se extinguen en el ámbito de la relación entre la Hacienda de dicho país y sus contribuyentes por obligación personal o real. En cambio, cuando las condiciones del sistema fiscal creado son tan beneficiosas⁵²⁷ que atraen a contribuyentes residentes en terceros países o a perceptores de rentas que no se originan en el país, pero que sí se canalizan a través del mismo mediante sociedades instrumentales⁵²⁸, los efectos de la política fiscal de un país están mermando la recaudación en países terceros.

Este simple planteamiento constituye una interesante aportación conceptual a la fiscalidad internacional de los últimos años. El concepto, que proviene del FMI, se estrenó en fiscalidad internacional en el informe al Grupo de Trabajo sobre Desarrollo del G20 en 2011, realizado conjuntamente por el FMI, la OCDE, la ONU y el Banco Mundial⁵²⁹, que sugirió la conveniencia de que los miembros del G-20 evaluaran, como parte de sus reformas tributarias, los posibles efectos colaterales en los países en desarrollo.

Aceptando esta sugerencia, el Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos publicó en 2013 un estudio, coordinado por el Prof. Francis Weyzig, sobre los efectos colaterales de la política fiscal holandesa⁵³⁰. El análisis es bastante autocrítico y motivó la reflexión de otros

⁵²⁷ por ejemplo, por la ausencia de retenciones en el origen o por regímenes muy favorables para entidades “holding”

⁵²⁸ Un caso típico sería el de los Países Bajos, cuya contribución al PIB agregado a nivel mundial es inferior al 1% (0,91%) y sin embargo atrae más del 15,4 % de las inversiones globales. Esa desproporción significa que otros países se ven perjudicados por las inversiones que se canalizan a través de los Países Bajos y no se realizan directamente en el país. El ejemplo de los Países Bajos es muy oportuno porque son uno de los pocos países que han decidido realizar estudios sobre externalidades negativas como requisito procedimental obligatorio a la hora de aprobar reformas legales en fiscalidad internacional.

⁵²⁹ FMI, Fiscal Affairs Department: *Revenue mobilisation in developing countries* [en línea] 2011 [Consulta 1-1-2016]. Disponible en <https://www.imf.org/external/np/pp/eng/2011/030811.pdf> pg 27.

⁵³⁰ IOB: Evaluation issues in Financing For Development. Analysis of effects of Dutch corporate tax policy on Developing Countries. Ministry of Foreign Affairs. Países Bajos. 2013.

países también, como Irlanda, que gracias al apoyo del IBFD publicó en 2015 el análisis de los efectos colaterales de la política fiscal irlandesa⁵³¹.

Sin embargo, cuando el concepto alcanzó mayor impacto fue en mayo de 2014, con la publicación de un estudio por parte del Fondo Monetario Internacional que evaluaba los efectos colaterales de la fiscalidad societaria internacional en los países en desarrollo en general⁵³². El informe del FMI analizaba la naturaleza y tipología de dichos efectos, cuantificaba su importancia y extraía las implicaciones de política tributaria para los gobiernos, tanto aquellos que originan las externalidades negativas –fundamentalmente países desarrollados con una determinada orientación en materia de fiscalidad internacional– como aquellos otros que las padecen, especialmente los países en desarrollo.

Aunque efectos colaterales pueden observarse en varios tipos de impuestos, el trabajo del FMI se centraba en el Impuesto sobre Sociedades, y sus conclusiones era claras: existen tres tipos de externalidades, las que merman las bases imponibles directamente, debido a la atracción de los competidores, las que merman los recursos indirectamente mediante la reacción del legislador en cada país ante los incentivos fiscales concedidos en países terceros (efectos colaterales estratégicos), y las externalidades indirectas, cuya relación con la fiscalidad parece más bien difusa. Incluye en FMI en esta tercera categoría las que afectan a los flujos reales y monetarios, con consecuencias sobre el crecimiento y la estabilidad macroeconómica, llegando incluso a afectar a los precios mundiales.

⁵³¹ IBFD: *IBFD Spillover Analysis. Possible Effects of the Irish Tax System on Developing Economies*. 2015. [en línea] disponible en http://www.budget.gov.ie/Budgets/2016/Documents/IBFD_Irish_Spillover_Analysis_Report_pub.pdf [consulta 23 de marzo de 2016]

⁵³² FMI. *Spillovers in International Corporate Taxation*. [en línea] IMF Policy paper, 9-5-2014. [consulta: 1-12-2016]. Disponible en <http://www.imf.org/external/np/pp/eng/2014/050914.pdf> El trabajo sobre *spillovers* del FMI no es novedoso. El FMI ha venido aplicándolo a las políticas macroeconómicas con efectos sistémicos. Por ejemplo, FMI *2013 Spillover Report* [en línea], disponible en <http://www.imf.org/external/np/pp/eng/2013/070213.pdf> analiza los efectos colaterales de la política monetaria de los cinco actores sistémicos globales: China, la Eurozona, Japón, el Reino Unido, Estados Unidos

Tabla 7: Tipología de efectos colaterales de la fiscalidad internacional

Externalidades de bases imponibles	Efectos colaterales estratégicos	Externalidades indirectas
Son las más sencillas de detectar y evaluar. La base imponible agregada de un país queda afectada tanto por las variaciones reales de la inversión extranjera directa como por las prácticas de elusión fiscal que determinan la erosión de bases y el traslado de beneficios (BEPS). Este segundo efecto es evidente en la creciente dislocación entre el lugar donde se realiza la actividad económica y la jurisdicción donde se declaran los beneficios ⁵³³ .	En este caso, los incentivos fiscales existentes en un país dado repercuten en otros. Frecuentemente la respuesta a los incentivos en países competidores es cambiar las normas fiscales nacionales para igualar o mejorar la oferta. Esta competencia fiscal perniciosa o "carrera a la baja", supone que los países responden a bajadas de impuestos en el exterior. Los incentivos fiscales generan así efectos directos sobre las bases pero, lo que es más importante, sobre la política fiscal propia. La presión a la baja del Impuesto sobre Sociedades y su efecto inducido sobre el IRPF, en última instancia, traslada la carga tributaria hacia el IVA, con efectos generalmente regresivos ⁵³⁴ .	La variación en las tasas de IED y los esquemas artificiosos de financiación de multinacionales afectan a los flujos reales y monetarios, con consecuencias sobre el crecimiento y la estabilidad macroeconómica, e incluso pueden llegar, según el FMI, a afectar a los precios mundiales

La problemática de los efectos colaterales será más importante cuanto mayor sea el volumen de dichos efectos, lo que nos enfrenta al problema de la cuantificación, pues una simple revisión de la tabla completa de los diez países con mayor volumen de la IED en relación a su PIB sugiere que los patrones de inversión extranjera directa son imposibles de entender sin incluir consideraciones fiscales. En general, la magnitud de los efectos colaterales vendrá determinada por un conjunto de factores que conjuntamente constituyen el marco legal y la práctica administrativa en materia de fiscalidad internacional de un territorio dado. Por ejemplo, la

⁵³³ Como recuerda el FMI, hay evidencias claras de esta manipulación: el 42 % de las rentas generadas por las empresas americanas se produce a través de paraísos fiscales, mientras que la renta generada en EEUU se limita AL 15%

⁵³⁴ De acuerdo con de Mooij y Everdeen (2008), una reducción de 10 puntos porcentuales en el tipo nominal del IS se traduce a largo plazo en un incremento de la IED del 30 por 100, aunque no todo ello sea actividad económica nueva, ya que una parte de este incremento se debe a fusiones y adquisiciones, lo que indica que el efecto neto es inferior.

elección de un país entre gravamen territorial o renta mundial determina lo que ocurra en el exterior. Si hay gravamen mundial sin diferimiento, no existen prácticamente distorsiones ya que la renta es gravada en el país de la fuente y luego, complementariamente, en el de residencia. Sin embargo, si existe un régimen territorial, o si se acepta el diferimiento en regímenes mundiales, los efectos sobre la inversión extranjera son muy diferentes, sin ir más lejos en la decisión sobre repatriación de beneficios.

Para buscar una medición precisa sostiene el FMI que, aun reconociendo las dificultades metodológicas⁵³⁵, los efectos directos efectivamente existen y son cuantiosos, y las cifras y estimaciones indirectas que el FMI ha recopilado lo demuestran, como también los estudios recopilados en la Acción 11 del Plan de BEPS⁵³⁶. Para la medida de los efectos secundarios derivados del comportamiento estratégico, el efecto colateral que sufre un país por la reducción del tipo marginal ponderado de sus competidores se traduce en una reducción de la base imponible agregada en el país en cuestión de aproximadamente 3,7 puntos porcentuales⁵³⁷. Pero hay más, en los países en desarrollo los efectos colaterales son entre dos y tres veces superiores. Si la traslación abusiva de bases en los países de la OCDE se estima por el FMI en aproximadamente un 5% de la base agregada, los datos que ha manejado el FMI para 130 países en desarrollo ofrecen un efecto de erosión de bases del 13%, es decir, más del doble que en los

⁵³⁵ Una de las formas que se han sugerido para evaluar los efectos colaterales es examinar las variaciones en los flujos internacionales de inversión. El FMI ha evaluado hasta qué punto las motivaciones impositivas determinan las pautas de la inversión internacional. Por ejemplo, los países con regímenes muy favorables y amplias redes de tratados, como los Países Bajos, se utilizan frecuentemente como vehículos para canalizar la inversión extranjera hacia terceros países. Un ejemplo arquetípico es el caso de Rusia y Chipre, pues el 37% de la inversión exterior rusa se dirige a Chipre, cuya actividad económica directa no justificaría ni una mínima parte de esa inversión, pero en realidad se trata de movimiento circular de fondos, o el caso de Brasil, que destina el 26% de su inversión exterior a dos paraísos fiscales: Islas Caimán e Islas Vírgenes Británicas. Luxemburgo, un país pequeño cuyo PIB representa simplemente el 0,07% del PIB mundial, en cambio canaliza el 10,2% de toda la inversión extranjera directa a nivel mundial y los Países Bajos, con apenas un 1% del PIB mundial (0,91%) son la plataforma desde donde se canaliza el 15,4 de la IED. FMI. *Spillovers in International Corporate Taxation*. [en línea] IMF Policy paper, 9-5-2014. [consulta: 1-12-2016]. Disponible en <http://www.imf.org/external/np/pp/eng/2014/050914.pdf> Pgs. 15-22

⁵³⁶ OCDE. *Measuring and monitoring BEPS. Action 11 Final report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015, 268 pgs. ISBN 978-92-64-24133

⁵³⁷ El FMI ha examinado datos de un panel de 103 países en el período comprendido entre 1980 y 2013, comparando como variables su tipo nominal de gravamen y el tipo de los otros, y ha llegado a algunas conclusiones interesantes, aun reconociendo las numerosas carencias metodológicas de este enfoque, puesto que las variaciones en las bases inducidas desde el exterior pueden provenir de muchos otros factores distintos del tipo nominal de gravamen. Si separamos en el análisis la economía real (las variaciones de la base debidas a cambios en la inversión exterior) de las variaciones que buscan la elusión, tenemos una imagen más acertada.

países desarrollados⁵³⁸. Esta diferencia está relacionada con la simplicidad de los sistemas legales de los países en desarrollo, que incorporan menos normas anti-abuso, y con una menor capacidad de control por parte de sus haciendas.

El trabajo del FMI, de este modo, añade argumentos al Proyecto BEPS la OCDE y del G20, y discurre en paralelo con el Trabajo del Comité de Expertos de Naciones Unidas sobre Desarrollo de Capacidades en los Países en Desarrollo para proteger su base imponible.

Los diversos efectos secundarios están muy interrelacionados, y a la vez se derivan de varios elementos de la política fiscal como un todo, lo que complica el análisis. Uno de los más obvios es la competencia fiscal internacional en tipos nominales de gravamen, que genera incentivos para deslocalizar actividades, siendo el caso paradigmático el de Irlanda. Igualmente obvios son los incentivos creados para tipos particulares de activos (por ejemplo los regímenes de “*patent box*” que limitan la tributación de los activos inmateriales), pero hay también otros tipos de efectos colaterales menos evidentes, como el efecto de conexión en red, que se produce cuando un país A tiene un tratado con B y B suscribe otro con C, lo que en la práctica surte los mismos efectos que si A y C hubieran suscrito un tratado entre sí.

Los desajustes de legislaciones nacionales también crean efectos colaterales a través de los híbridos. Por ejemplo, supongamos que la jurisdicción A trata un instrumento financiero como fondos ajenos, admitiendo por tanto la deducción de intereses, y el mismo instrumento financiero es para B fondos propios, pudiendo gozar de exención o generar deducción por una supuesta doble imposición internacional que en realidad no ha ocurrido. Este fenómeno, que se ataja por la Acción 2 de BEPS, puede causar efectos colaterales al afectar al coste de invertir en los países de acogida. Lo mismo ocurre con las leyes CFC, que al modificar la rentabilidad después de impuestos de las inversiones pueden determinar cambios en las pautas de financiación internacional.

Los destinatarios de este estudio no son tanto los países en desarrollo como países exportadores de capital como Holanda, Luxemburgo o Suiza, que captan inversores de países terceros y canalizan inversiones mediante entidades interpuestas⁵³⁹ de tenencia de valores, pues pueden llegar causar importantes daños macroeconómicos a otros Estados, tanto por la merma directa

⁵³⁸ FMI. *Spillovers in International Corporate Taxation*. [en línea] IMF Policy paper, 9-5-2014. [consulta: 1-12-2016]. Disponible en <http://www.imf.org/external/np/pp/eng/2014/050914.pdf>. Pgs. 6-7

⁵³⁹ En inglés genéricamente “*Special Purpose Vehicles*” o SPVs

Ubaldo González de Frutos

Equidad entre naciones y multilateralismo

de ingresos públicos en el impuesto societario (a través de la merma en el volumen de la inversión exterior y en general del efecto “conductista” sobre el comportamiento de las multinacionales) como por las consecuencias estratégicas cuando los países en desarrollo proceden a cambiar su política tributaria como reacción a la competencia exterior.

La cuestión entonces es cómo combatir o paliar esos efectos. La respuesta no está en la mejora de la capacidad administrativa, pues estamos ante un problema de política fiscal. Para solucionarlo, aunque cabe corregir las externalidades en la legislación nacional de los países que las causan y en sus tratados bilaterales, sería preferiblemente una acción concertada. Desde el lado de las organizaciones internacionales, el FMI nota la debilidad del marco institucional existente para hacer frente a los efectos secundarios, y ante la importancia cuantitativa y expansión general del problema, recomienda un enfoque más inclusivo y menos fragmentario para la cooperación fiscal internacional.

Las ONGs llevan tiempo denunciando estas carencias y proponiendo soluciones, a veces radicales, como la tributación unitaria de las multinacionales de que se trata en el Capítulo 10, que distribuiría las bases imponibles mediante una fórmula polinómica en sustitución del principio de plena concurrencia⁵⁴⁰.

Un problema de los efectos colaterales es que no es un juego de suma cero, donde las ganancias de unos son beneficios de otros, sino que pueden llegar a resultar en un bienestar colectivo inferior. Esto es evidente en el trasvase de bases imponibles a territorios sin tributación, pues la recaudación en conjunto va a ser inferior. Del mismo modo, la adopción de estrategias competitivas no coordinadas entre los diversos países va a motivar la famosa competencia a la baja, con efectos negativos sobre la recaudación agregada y probablemente efectos de sustitución de impuesto societario por impuesto personal y por impuestos sobre el consumo.

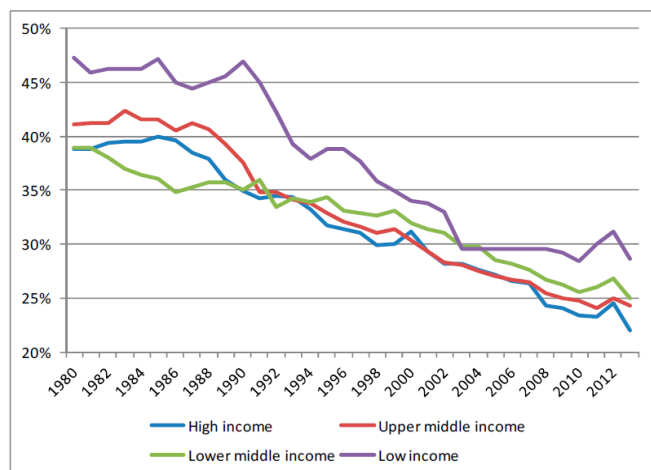
Ahora bien, en materia de movilización de recursos domésticos la cuestión clave es hasta qué punto estas externalidades repercuten en los países en desarrollo. En principio, habida cuenta de que los países en desarrollo son destinatarios de sólo el 30 por ciento de la IED mundial aproximadamente, parece que la mayor parte del problema recaería en otras economías, pero esta impresión inicial puede resultar engañosa. En primer lugar, porque desde la década de

⁵⁴⁰ Como veremos en el capítulo 10, esta solución, aunque aborda alguno de los efectos secundarios, comporta sus propias dificultades pues la fórmula polinómica es susceptible de manipulación y podría resultar a la larga en un detrimento de los países en desarrollo a que de buena fe intenta ayudar

1980, el stock de IED en los PVD se ha triplicado. En segundo lugar, porque el impuesto societario juega un papel más preponderante en los PVD pues representa un mayor porcentaje de los ingresos tributarios totales. La explicación se halla fundamentalmente en el alto nivel de informalidad en las pequeñas empresas, que impide trasladar parte de la carga tributaria al IRPF y al IVA. La importancia del impuesto societario es aún mayor en economías basadas en la industria extractiva, como Perú o Mongolia. Por otra parte, los efectos colaterales en el contagio de incentivos fiscales podrían constituir un problema más agudo en los países en desarrollo, donde la carrera de igualación a la baja se encuentra más cerca de cero que en los países desarrollados.

El FMI ha examinado con detalle la magnitud de los efectos en los países en desarrollo, llegando a la conclusión de que es incluso mayor que en los países industrializados, especialmente cuando se examinan los países con abundancia de recursos naturales e industria extractiva, aunque también el efecto es obvio en sectores como las comunicaciones. Haciendo un ejercicio de comparación entre las bases imponibles declaradas y lo que hubiera correspondido utilizando una base imponible equivalente al margen bruto de explotación, los resultados son impresionantes. Los datos del panel demuestran que los efectos colaterales en los PVD son como media superiores al doble del que se registra por los países de la OCDE. Si en estos la pérdida media se estima en un 5%, en aquéllos se eleva al 13%⁵⁴¹. Analizando la dimensión de los efectos colaterales debidos a las conductas estratégicas, la primera evidencia es el descenso sostenido de los tipos nominales de gravamen en todos los países del mundo, como se observa en el siguiente cuadro:

⁵⁴¹ “*The (unweighted) average revenue loss across all countries in the sample is about 5 percent of current CIT revenue—but almost 13 percent in the non-OECD countries*”. FMI. *Spillovers in International Corporate Taxation*. [en línea] IMF Policy paper, 9-5-2014. [consulta: 1-12-2016]. Disponible en <http://www.imf.org/external/np/pp/eng/2014/050914.pdf>. Pg. 20.

Ilustración 3: Tipos nominales de gravamen en el I. Sociedades entre 1980 y 2013

Fuente: FMI ⁵⁴²

Otra confirmación de la existencia de efectos colaterales estratégicos es la tendencia reciente a establecer regímenes de “patent box”, destinados a atraer creadores de activos inmateriales mediante una reducción de la tributación de las rentas derivadas de los intangibles. Devereux, Lockwood y Redoano (2008) determinaron que existe una relación en las reacciones de tipo estratégico pues por cada punto de reducción media de los competidores el país en cuestión va a introducir una bajada de 0,7 puntos en el tipo nominal de su impuesto. Igualmente, se ha analizado hasta qué punto los incentivos fiscales de los países en desarrollo responden a los incentivos ofrecidos por los países vecinos, y cómo la profecía de la carrera a la baja está cerca de materializarse en África, donde el tipo efectivo de gravamen está en muchos países aproximándose a cero. El FMI confirma estas estimaciones, determinando que la respuesta estratégica a la bajada de impuestos (ya sea de competidores directos, ya de paraísos fiscales) se aproxima a la unidad, aunque la elasticidad se observa sólo para tipos nominales, no tanto para los tipos efectivos de gravamen, tal vez por la menor visibilidad de los incentivos concedidos vía amortizaciones, y mecanismos similares.

⁵⁴² FMI. *Spillovers in International Corporate Taxation*. [en línea] IMF Policy paper, 9-5-2014. [consulta: 1-12-2016]. Disponible en <http://www.imf.org/external/np/pp/eng/2014/050914.pdf>. Pg. 22.

Las implicaciones macroeconómicas de los efectos colaterales son serias. En primer lugar afecta a variables macroeconómicas como la presión fiscal o la importancia relativa de cada una de las figuras impositivas del sistema, es decir, la distribución de la cesta de impuestos, aunque, como recuerda el FMI, esta cuestión no es pacífica. Para algunos, los efectos negativos sobre la recaudación producen una pérdida de eficiencia colectiva. Otros, en cambio, sostienen que las pérdidas de ingresos públicos, ya sea a nivel nacional o incluso mundial no conllevan necesariamente una pérdida de bienestar colectivo⁵⁴³ sino que actúa como un freno a la tendencia expansiva del gasto público que el proceso político tiende a magnificar⁵⁴⁴.

En suma, la teoría de los efectos colaterales, junto con la búsqueda de una distribución de la potestad tributaria más equitativa, ofrecen argumentos para el recurso a una acción concertada de los países en desarrollo en favor de un instrumento multilateral que profundice la senda que va a abrir el Instrumento Multilateral de la Acción 15 de BEPS. Esta solución en principio lógica choca con la realidad porque no vivimos en una "sociedad internacional", sino en una sociedad de naciones donde el actor principal son los Estados-nación, y pretender que éstos que se anulen en favor de una sociedad universal es un contrasentido. Por eso, conviene ahora examinar las posibilidades de acción dentro del marco político existente, donde los Estados son los protagonistas.

⁵⁴³ Si todos los tipos de gravamen llegasen a cero, por ejemplo, no habría transferencias de ingresos entre jurisdicciones (tipo BEPS) ni pérdida recaudatoria específica, pero sí habría una pérdida de bienestar colectivo. Así es que, en el mejor de los casos, las pérdidas de recaudación son un indicador indirecto de las ineficiencias. Otra cuestión son los efectos sobre países individualmente considerados. En teoría, los países pequeños pueden obtener resultados favorables en estrategias de competencia fiscal, puesto que tienen poco que perder con la reducción de sus impuestos societarios (dada la limitación de sus bases nacionales), pero mucho que ganar con la atracción de bases desde el extranjero. No obstante, esta no es una regla universal.

⁵⁴⁴ En la medida en que la competencia fiscal internacional amplía las oportunidades de elusión fiscal para activos o actividades de carácter más móvil, el sistema fiscal internacional puede volverse más eficiente ya que va a gravar las bases imponibles elásticas a tipos más bajos. En este sentido, los países con tipos de impuestos bajos y los países de entidades holding que canalizan inversión exterior mejorarían la eficiencia en la asignación de capitales. Otro efecto de la planificación fiscal abusiva es la inestabilidad macroeconómica debida al fuerte endeudamiento. En efecto, la planificación fiscal mediante préstamos intragrupo produce el efecto de aumentar el apalancamiento no consolidado, y por tanto genera riesgos para la estabilidad financiera de las jurisdicciones con sociedades en posiciones deudoras. Este endeudamiento afecta la distribución nominal de riesgos dentro del grupo, pero en realidad el tomador del riesgo es el grupo en sí, de suerte que los préstamos a las filiales son casi una forma de inyección de capital

7.4.- EL ESTADO-NACIÓN COMO MARCO

El objetivo de esta sección es examinar las expectativas de futuro del multilateralismo fiscal emergente a la luz de los principios de la cooperación internacional de los Estados. Como hemos visto en el capítulo anterior, existe un problema para la solidaridad internacional ya que el marco político del Estado-nación limita la función redistributiva al territorio nacional. Sin embargo, en el contexto de la globalización renace el debate sobre si la justicia distributiva debe aplicarse dentro de las fronteras del Estado-nación, como ha sido la visión asumida hasta ahora, o si existe un deber de solidaridad transnacional. El debate trasciende el ámbito puramente académico y llega a los medios de comunicación. El comercio internacional, la globalización financiera, la tecnología y los medios de transporte han acercado la pobreza mucho más a los países desarrollados⁵⁴⁵ y fenómenos como la inmigración masiva hacen que el debate tradicional de filosofía moral entre cosmopolitas y nacionalistas adquiera una nueva significación.

7.4.1.- COSMOPOLITISMO Y NACIONALISMO

La globalización ha aumentado las relaciones económicas internacionales y con ellas la demanda de un mejor Derecho internacional público. La doctrina se ha dividido tradicionalmente entre **cosmopolitas** o universalistas, que aspiran a la regla de “*un mundo, una ley*” y **nacionalistas** o unilateralistas, que prefieren la independencia, flexibilidad y libertad de acción que otorgan las relaciones bilaterales⁵⁴⁶. Como ha señalado Blum⁵⁴⁷, hasta cierto punto

⁵⁴⁵ Por este motivo Ilan Benshalom titula su artículo “El nuevo pobre a nuestras puertas” (BENSHALOM, Ilan: *The New Poor at Our Gates: Global Justice Implications for International Trade and Tax Law. Faculty Working Papers*. Northwestern University. N 172. 2009. 61 pgs.)

⁵⁴⁶ La clasificación doctrinal incluye varios grados intermedios. Simon Caney clasifica los enfoques en la literatura científica en cuatro grupos: los **cosmopolitas o universalistas**, que defienden que un ideal de justicia distributiva universal, los **nacionalistas o soberanistas**, que sostienen que tal ideal universal violaría la soberanía de los estados y prefieren en su lugar pensar en la justicia distributiva para con sus compatriotas, los **realistas o escépticos**, que defienden que la justicia universal es una idea utópica y que por tanto el papel de los estados es preocuparse por el bienestar de sus ciudadanos y olvidar la justicia universal, y la **Sociedad de los Estados** que, partiendo de que es cierto que los Estados han de preocuparse por la equidad entre sus ciudadanos, entienden que no se acaba ahí su función sino que tienen además el deber de perseguir la justicia universal (CANEY, Simon: *International Distributive Justice*. En *Political Studies*, vol. 49, 2001, pgs. 974-997). Dentro del cosmopolitismo, a su vez, hay diferentes escuelas: el **cosmopolitismo radical**, que reconoce la justicia sólo a nivel global, el cosmopolitismo **medio**, que aplica principios redistributivos a los dos niveles, la **justicia global institucional**, que encomienda la persecución de los ideales de justicia a las instituciones creadas, y el institucionalismo **interactivo**, que confía en que la justicia universal sea efectiva progresivamente mediante la cooperación entre individuos e instituciones políticas (Dagan, 2008)

esta opción refleja una división ideológica entre idealistas y pragmáticos o, si se quiere, entre opciones políticas.

Los cosmopolitas sostienen que los tratados multilaterales y las organizaciones internacionales que los auspician son el camino para superar una situación anacrónica, basada en la soberanía y materializada en acuerdos bilaterales, concluidos en situaciones de dominación post-colonial, que perpetúan la desigualdad. En su lugar, los cosmopolitas abogan por una sociedad internacional ilustrada. Dado que el universalismo exige poner de acuerdo a todas las partes en un proceso que algo tiene de constituyente, los tratados multilaterales en esta orientación vendrían a conformar por agregación una embrionaria constitución internacional.

Los **nacionalistas** –también denominados bilateralitas o soberanistas–, son partidarios en cambio de acuerdos bilaterales, y sostienen sus posiciones tanto desde postulados pragmáticos, por la adaptabilidad de la relación bilateral a las circunstancias particulares, como ideológicos, argumentando que la fórmula única anula la libertad de las naciones.

Unos y otros sostienen posiciones encontradas sobre la idoneidad del Estado-nación como ámbito natural de la acción política. Los nacionalistas afirman que el Estado constituye ese ámbito natural, mientras para los cosmopolitas la nacionalidad es un atributo esencialmente accidental y contingente, que decae a favor de la relevancia de los derechos humanos. El colofón a este razonamiento cosmopolita sería un sistema global de justicia, pero tal sistema ni existe ni parece factible. Ciertamente, como sostienen los nacionalistas, la justicia en abstracto no tiene ningún significado práctico, es un mero pronunciamiento platónico, pues la escena internacional carece de mecanismos eficaces de gobierno global para hacerla efectiva. En su lugar, la única justicia aplicable es la que se puede conseguir gracias a las instituciones de los Estados.

La esencia del conflicto entre los dos enfoques tradicionales radica en la antítesis de los dos principios en juego: el de la universalidad (solidaridad con el ser humano por su naturaleza) y el de la nacionalidad (solidaridad limitada a los compatriotas).

⁵⁴⁷ BLUM, Gabriela: *Bilateralism, Multilateralism and the Architecture of International Law*. En *Harvard International Law*. Volumen 49, núm. 2, 2008, pg. 324.

El universalismo defiende que los principios de la justicia distributiva deben ser aplicados al mundo en su conjunto, porque pertenecen a la humanidad. Caney distingue entre cosmopolitismo radical y moderado⁵⁴⁸, y mientras el primero defiende la existencia del principio de justicia universal como principio absoluto, el segundo matiza que también dentro de las fronteras nacionales puede materializarse el principio de justicia universal. El cosmopolitismo se basa en tres axiomas: (1) los individuos tienen valor moral, (2) este valor moral se comparte por todos los individuos por igual y (3) el principio de igualdad moral genera obligaciones morales que son universalmente vinculantes. En consecuencia, concluyen los universalistas que las obligaciones morales son de aplicación universal.

Sin embargo, otras teorías han cuestionado los principios del cosmopolitismo. La versión contractual argumenta que las sociedades modernas se basan en el pacto social, el cual agrupa a los ciudadanos alrededor de un Estado, y no de una comunidad global. El cosmopolitismo se equivoca porque ignora los lazos éticos generados por el hecho de ser miembro de una comunidad nacional y por ello la justicia distributiva sólo se ejerce dentro de las fronteras de un Estado. Esto es así en parte por la viabilidad institucional, que funciona en el marco de los Estados, en tanto que globalmente no existe ningún mecanismo institucional para hacerla efectiva.

Para Caney, las discusiones actuales sobre justicia distributiva internacional son muy abstractas y hay que pasar al análisis concreto de las medidas prácticas que son susceptibles de poner en práctica un sistema de justicia global⁵⁴⁹. La opción por la dimensión nacional de la solidaridad se traduce en leyes destinadas a favorecer a los nacionales, lo cual es contradictorio con el principio de universalidad⁵⁵⁰. Sin embargo, la paradoja es que el concepto de universalidad no es aplicable en abstracto, sino que lo ejecutan actores políticos, y por tanto no puede darse fuera de un ámbito nacional. Ciertamente, si la función redistributiva en el mundo contemporáneo sólo se entiende a partir de la estructura política de los Estados, basada en las nociones de soberanía y de responsabilidad ante los ciudadanos, los gobiernos nacionales han de actuar por separado y rendir cuentas ante sus votantes. En consecuencia, su actuación va a estar siempre

⁵⁴⁸ CANEY, Simon: International Distributive Justice. En *Political Studies*, vol. 49, 2001, pg. 975.

⁵⁴⁹ CANEY, Simon: International Distributive Justice. En *Political Studies*, vol. 49, 2001, pg. 968

⁵⁵⁰ Los Estados determinan por medios democráticos el *quantum* y el *quem* de sus programas de cooperación. Sin embargo, este mecanismo tiene varios defectos. En primer lugar, el sujeto pasivo de la cooperación viene determinado por opciones políticas que no han de responder necesaria o exclusivamente a los dictados de la solidaridad, entrando en su lugar factores históricos, políticos o geográficos. El otro defecto es la volatilidad, pues la ayuda oficial al desarrollo depende de la situación presupuestaria del donante, y ésta a su vez de los movimientos cíclicos de la economía.

Ubaldo González de Frutos

Equidad entre naciones y multilateralismo

sesgada, y por ello actúan a favor del interés de sus ciudadanos y frecuentemente en contra del interés de los ciudadanos de otros países. En definitiva, si la soberanía es el impedimento para un sistema de solidaridad transnacional, el único remedio parecería la institucionalización de mecanismos supranacionales.

Cosmopolitismo y nacionalismo ofrecen dos soluciones aparentemente irreconciliables a la pregunta de cuál es el criterio que se debe seguir para aplicar el deber de solidaridad, pero Benshalom⁵⁵¹ propone superar el debate mediante una tercera vía.

7.4.2.- ORIENTACIONES INTERMEDIAS

El debate entre estatalitas y cosmopolitas está vivo porque ambas teorías tienen méritos teóricos y prácticos, pero también carencias. En realidad, la estructura de la sociedad internacional nos muestra que existen orientaciones intermedias, más pragmáticas que teóricas, pero que pueden fundamentar recetas de política fiscal internacional que tomen lo mejor de cada orientación.

La tercera vía parte de un estatismo moderado, consistente con la globalización. Efectivamente, podemos decir que el estatismo puro ya no es viable, y que todos los Estados desarrollados han adoptado rasgos cosmopolitas creando un modelo híbrido que no se ajusta perfectamente ya ni al nacionalista ni al universalista y donde los ciudadanos de los países desarrollados son cada día más conscientes de las necesidades derivadas de la solidaridad⁵⁵². La situación de indefinición del debate filosófico significa que en la práctica no haya un criterio bien fundado en el que puedan basarse las decisiones políticas, pese a que el tema de la pobreza en el mundo sigue estando de la máxima actualidad internacional⁵⁵³ y a que el problema de la desigualdad sigue siendo una preocupación acuciante, si bien dicha desigualdad sigue midiéndose de manera general a nivel de Estados, y no en comparaciones transfronterizas.

Benshalom propone la utilización de un mecanismo corrector de las desigualdades ligado al comercio internacional, que extiende la solidaridad más allá de las fronteras a la vez que se apoya en una proximidad a los necesitados, aunque basada en este caso no en la residencia sino en una situación relacional-contractual⁵⁵⁴. En su formulación, en la medida en que aumentan las

⁵⁵¹ BENSHALOM, Ilan: *The New Poor at Our Gates: Global Justice Implications for International Trade and Tax Law. Faculty Working Papers*. Northwestern University. N 172. 2009. 61 pgs

⁵⁵² Benshalom, *The New Poor at Our Gates*, Ibídem, pg 3

⁵⁵³ Como ilustra la agenda post-2015 con los Objetivos de Desarrollo Sostenible

⁵⁵⁴ Benshalom, *The New Poor at Our Gates*, Ibídem, pg 20

relaciones comerciales con un país, aumentan las obligaciones morales para con ese país, generándose así derechos y obligaciones de carácter redistributivo basados en las relaciones comerciales. De aquí surge la tesis de que los deberes y derechos de tipo relacional favorecidos por la globalización dan lugar a deberes y derecho de tipo redistributivo, y que estos deberes y derechos tendrían que estar reflejados en la estructura y en las organizaciones internacionales que gobiernan el comercio mundial. La posición de Benshalom tendría perfecta aplicación al mundo de las relaciones fiscales. El vehículo para la asignación de los deberes relacionales sería el convenio de doble imposición y los elementos redistributivos se incorporarían mediante el criterio de la fuente.

La noción de solidaridad basada en deberes distributivos de tipo relacional que propone Benshalom tiene la ventaja de que es intuitiva y simple. Los deberes morales relacionales son un atributo de las relaciones humanas, pero también de las instituciones políticas. Aunque la libertad contractual y la libertad de los individuos para establecer relaciones mercantiles son un principio del liberalismo que está en la base de la organización política como tal, no es menos cierto que también los estados liberales incorporan legislación protectora de los vínculos humanos, como la familia, la relación laboral, la protección del consumidor, y otras regulaciones que tutelan unas relaciones estables o a largo plazo caracterizadas porque sus altos costes de salida. Pues bien, los deberes relacionales modulan o interpretan también los deberes universales de justicia, y en consecuencia se puede pasar de este marco filosófico a un esquema político capaz de integrar las cuestiones de comercio y de la fiscalidad internacional, aunque integrar estas disciplinas exige un nuevo marco conceptual. Para ello hay que partir de asumir el rol del estado liberal en la escena internacional (por contraposición a una sociedad internacional no articulada sobre la base de los estados) y asumir que los estados nacionales no son capaces por sí mismos de implementar el ideal cosmopolita. La consecuencia lógica es que los mecanismos de solidaridad se incorporen a los instrumentos internacionales, y en este sentido sugiere una profunda reforma de los tratados internacionales.

El pragmatismo de las soluciones intermedias asume que la globalización no va a acabar con los Estados-nación como ámbito político primario y que por tanto cualquier esquema redistributivo internacional ha de construirse con dichos actores como parte principal, aspecto en que han fallado los liberales cosmopolitas al tratar de crear un sistema *ex novo*. Por consiguiente, cualquier esquema redistributivo internacional ha de considerar las cuestiones de responsabilidad de los políticos ante los votantes y los conflictos reales y potenciales entre

Ubaldo González de Frutos

Equidad entre naciones y multilateralismo

naciones soberanas. Esto también tiene consecuencias en el plano institucional, pues son los estados nación los que han de seguir aportando el tejido institucional y legal para materializar la solidaridad global. Finalmente, lo que trasciende las fronteras políticas es la toma de conciencia sobre la injusticia de la situación del subdesarrollo para los habitantes de dichos países. Existe un acuerdo general sobre la necesidad de erradicar la mortandad infantil, la sequía, la extrema pobreza y otras situaciones que consideramos violaciones de derechos humanos fundamentales que a nivel interno están consignados incluso en las cartas magnas. Ejemplos de este estado de opinión son el movimiento del comercio justo o los ODM / ODS de Naciones Unidas. También las organizaciones de la sociedad civil han puesto en marcha mecanismos financieros (adopciones simbólicas, por ejemplo) para instrumentar transferencias de rentas de ámbito transnacional, llenando un hueco que podrían ocupar los Estados.

En suma, las soluciones pragmáticas ofrecen un campo abonado al progreso de la equidad en la fiscalidad internacional, pues brindan herramientas muy apropiadas para integrar las cuestiones de redistribución internacional a partir de deberes relacionales. El problema de esta formulación es que la solución de incorporar elementos correctores en los instrumentos internacionales queda en manos de los Estados, agentes políticos que ya han demostrado su ineffectividad, por lo cual necesitamos encontrar los estímulos que los llevarían a dar ese paso e incorporar factores correctores de la desigualdad en los instrumentos bilaterales fiscales y comerciales. Una opción diferente al estatismo moderado y pragmático es el multilateralismo, por lo cual en la siguiente sección examinamos el multilateralismo y sus posibilidades en el contexto del marco político actual.

7.5.- LA CONSTRUCCIÓN DEL NUEVO MULTILATERALISMO FISCAL

La opción entre bilateralismo y multilateralismo es una cuestión fundamental la construcción del derecho internacional público en cualquiera de sus ramas, porque la elección va a determinar en buena medida el resultado. Bilateralismo es sinónimo de estatismo, una filosofía que preconiza la independencia, flexibilidad y libertad de acción de las relaciones bilaterales. En su lugar, el idealismo universalista prefiere una sociedad internacional global (“un mundo, una ley”). Los universalistas defienden los tratados multilaterales y las organizaciones internacionales que los auspician como un modo de superar una noción anacrónica de soberanía, que se materializa en acuerdos internacionales bilaterales, muchas veces basados en situaciones de dominación, para construir una sociedad internacional ilustrada. Los tratados multilaterales y

las organizaciones internacionales vienen a promover de esta manera una especie de constitución internacional. Los bilaterales, también llamados nacionalistas o soberanistas, defienden en cambio que la fórmula única anula la libertad, que sólo se garantiza en tratados bilaterales. En esta contraposición, el universalismo parece tener la superioridad moral, aunque en un plano intuitivo o platónico. Por ejemplo, no tiene en cuenta los costes de generar un acuerdo en el proceso pseudo-constituyente de la negociación de los instrumentos multilaterales, donde vencer las reticencias de los Estados es muy difícil. La superioridad moral de los instrumentos multilaterales es preterida cuando se constatan con las dificultades prácticas de su aplicación, lo que explica la absoluta preponderancia histórica del bilateralismo⁵⁵⁵. La carencia de una institución de gobierno mundial fiscal supone un desafío que los cosmopolitas querrían llenar mediante una institución supranacional⁵⁵⁶ o, en su defecto, mediante la armonización⁵⁵⁷, pero ninguna de estas propuestas ha realizado avances significativos.

Sin embargo, el nuevo multilateralismo fiscal manifestado en la Convención Multilateral de Asistencia Tributaria Mutua, el Acuerdo Multilateral entre Autoridades Competentes para el Intercambio Automático de Información o el Convenio Multilateral de la Acción 15 de BEPS sí que abren el camino para que en un futuro no lejano se plantee la armonización de los dos modelos de convenio (ONU y OCDE) y su conversión en un instrumento multilateral propiamente dicho.

Ante esta hipótesis, es necesario examinar las ventajas e inconvenientes que tendría un acuerdo tal, más allá de las ideas tópicas sobre idealismo multilateral o nacionalismo interesado. Para ello, vamos a utilizar el marco de análisis de Blum⁵⁵⁸, un marco conceptual general creado para

⁵⁵⁵ El Registro de Tratados de las Naciones Unidas (*UN Treaty Series*) incluye unos 3.500 tratados multilaterales de vocación universal frente a más de 50.000 tratados bilaterales.

⁵⁵⁶ El G-77, que agrupa a los países en desarrollo albergó el proyecto de que el comité de Expertos de Naciones Unidas se transformase en una organización internacional de la fiscalidad, una idea que ha estado latente desde los ODM de 2000 y que no ha llegado a materializarse por un problema de acción colectiva.

⁵⁵⁷ Dagan ha propuesto limitar la competencia fiscal entre territorios y aplicar un régimen mundial para materializar los ideales de justicia y equidad y ser la solución a estos problemas, pero desde un enfoque académico, con escasa viabilidad política (DAGAN, Tsilly. Just Harmonization. En *University of British Columbia Law Review*, 42, septiembre de 2010, pgs. 331–362). En ocasiones, la armonización fiscal internacional se ha defendido también desde la óptica de la eficiencia, sosteniendo que la armonización de las reglas internacionales facilitaría la redistribución, pero la competencia fiscal parece inevitable y seguramente deseable, como argumenta ROIN, Julie. Competition and Evasion: another perspective on international tax competition, En *Georgetown Law Journal*, n. 89. 2001 pg. 585.

⁵⁵⁸ BLUM, Gabriela: Bilateralism, Multilateralism and the Architecture of International Law. En *Harvard International Law*. Volumen 49, núm. 2, 2008, pgs. 323 a 379.

el análisis del derecho internacional en cualquiera de sus ramas, no específicamente para la fiscalidad, lo cual le da la ventaja de la neutralidad al no tratarse de un marco *ad hoc*. El marco conceptual de Bloom examina tres parámetros: la contribución de los instrumentos al avance del estado de derecho, la efectividad práctica del régimen establecido y la legitimidad democrática de la institución que lo auspicia, como se aprecia en el cuadro siguiente.

Tabla 8: Criterios de Blum para la elección entre instrumentos bilaterales y multilaterales

- Contribución al avance del imperio de la ley
 - Uniformidad
 - Igualdad
 - Poder normativo y poder simbólico
- Efectividad práctica del régimen establecido
 - Eficacia
 - Eficiencia
 - Estabilidad
 - Coordinación frente a cooperación
 - Bienes internacionales frente a bienes de club
 - Bienes con o sin externalidades
- Legitimidad democrática e institución que lo auspicia
 - Legitimidad democrática
 - Profesionalidad de la institución que lo auspicia

7.5.1.- CONTRIBUCIÓN AL AVANCE DEL IMPERIO DE LA LEY

Si nos preguntamos en qué medida un instrumento multilateral cualquiera contribuye al avance del imperio de la legalidad internacional, la respuesta inmediata es que su valor es superior, en cuanto que significa un avance hacia la construcción de una teórica constitución internacional. En concreto, su valor radicarán en lograr una normalización normativa y facilitar la consecución de una mayor igualdad ante la ley.

El imperio del Derecho es el objetivo supremo del Derecho Internacional, al cual se vinculan otros –como la paz, la prosperidad o la cooperación internacional– pues aquel facilitará el cumplimiento de éstos de modo natural. La Carta de las Naciones Unidas, que en varios aspectos podemos considerar el texto “constitucional” del sistema jurídico internacional, apuesta decididamente por el imperio de la legalidad internacional⁵⁵⁹. Partiendo de este enfoque,

⁵⁵⁹ Establece en su preámbulo que sus miembros se hallan comprometidos “a crear las condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional” y su artículo 1 prescribe que “los propósitos de las Naciones

no cabe duda de que la expansión del imperio de la Ley se identifica intuitivamente con el universalismo, y éste con los instrumentos multilaterales. Por tanto, *prima facie*, un convenio tributario multilateral tendría la ventaja de hacer progresar el imperio del Derecho, superando la visión tradicional en favor de una visión solidaria transnacional. Sin embargo, si pasamos del plano ideológico a las evidencias empíricas, las conclusiones no son tan optimistas. Blum las examina utilizando los sub-criterios de uniformidad, igualdad, y poder normativo y poder simbólico⁵⁶⁰.

7.5.1.1 UNIFORMIDAD

A priori los tratados multilaterales son más uniformes porque los derechos y obligaciones que crean son menos dispares que los resultantes en un escenario de tratados bilaterales. Además, la adhesión generalizada a un tratado tiene un efecto normalizador casi inmediato, pues sus provisiones se transforman en costumbre internacional, obligando por tanto incluso a los Estados que no los hayan suscrito⁵⁶¹. Por consiguiente, en este campo hay pocas dudas sobre la superioridad de un tratado multilateral frente a una red de tratados bilaterales. El problema en la práctica es que la opción rara vez se produce *ab initio* entre dos modelos teóricos, sino que normalmente la decisión sobre la conveniencia de un instrumento multilateral llega cuando ya existen uno o varios instrumentos bilaterales, como ocurre en la fiscalidad internacional.

En esta situación lo que normalmente se produce es la estratificación de tratados, causada por las peculiaridades de la entrada en vigor y derogación de los tratados, que hacen que sea muy difícil que un tratado bilateral quede totalmente derogado, y por tanto su funcionamiento en estratos va en detrimento del principio de uniformidad. En consecuencia, la teórica superioridad del tratado multilateral quedaría por demostrar en la práctica⁵⁶². No podemos olvidar que la sociedad internacional funciona bajo el principio del consentimiento, lo que hace que los

Unidas son... lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz”.

⁵⁶⁰ Blum, Gabriela: *Bilateralism, Multilateralism...* 2008. Íbidem. Pgs. 334 a 348

⁵⁶¹ En el epígrafe 2.1 se examinan las posiciones de autores que, como Avi-Yonah, sostienen que el sistema fiscal internacional, constituido a partir del corpus de tratados existentes más la legislación interna de los países, se ha incorporado ya al derecho internacional público de manera consuetudinaria, en base a la costumbre transformada en fuente del derecho mediante la *opinio iuris*, frente a la visión de otros como Graetz o Roin que lo niegan y mantienen que los países tienen entera libertad para pactar las normas que deseen.

⁵⁶² Aunque desde el punto de vista de la uniformidad, incluso en la situación en que el instrumento multilateral hubiera de convivir con varios bilaterales, sería preferible la superposición y la coexistencia de tratados bilaterales con un instrumento multilateral que la situación actual.

tratados sólo obliguen a quienes de forma voluntaria los refrendan, y esto limita extraordinariamente las posibilidades de implantar regímenes universales, especialmente cuando por su objeto impliquen la aceptación de que su aplicación producirá ganadores y perdedores, pues estos últimos difícilmente van a adherirse al instrumento sin presión política.

Aunque existen algunos instrumentos multilaterales que han alcanzado un predicamento prácticamente universal, como los que regulan los derechos humanos, esta situación es la menos frecuente estadísticamente. Como recuerda Blum, de los 522 tratados multilaterales depositados ante el Secretario General de las Naciones Unidas, menos de la mitad han sido ratificados por un tercio de los Estados miembros, y sólo un tercio de ellos ha sido ratificado por más de la mitad de las naciones de la ONU⁵⁶³. Una consecuencia añadida del escaso éxito en la ratificación de estos instrumentos es que sus disposiciones no llegan a convertirse en costumbre internacional. La hipotética construcción de un tratado multilateral de fiscalidad que modifique de modo decisivo el statu quo, por ejemplo en materia de fuente/residencia, puede encontrarse con que ni siquiera llegue a entrar en vigor por la falta de ratificación del número crítico que se definiría en el propio tratado.

Otro elemento que perjudica a la uniformidad es la posibilidad que incumbe a los Estados de añadir declaraciones o reservas a la hora de firmar el tratado. Estas reservas o declaraciones equivalen en la práctica a la conversión de un tratado multilateral en una serie de tratados bilaterales.

Blum también hace notar la dificultad de lograr un acuerdo general sobre un instrumento multilateral cuando falta un Derecho natural universal⁵⁶⁴. Para Blum, que es positivista, el derecho se conforma por nociones culturales e históricas muy diferentes, lo que hace muy difícil poner a todos de acuerdo. Desde un punto de vista conceptual, prosigue Blum, la diversidad es más natural que la uniformidad, y los tratados bilaterales son eficaces a la hora de adecuar sus estipulaciones a las realidades de cada par de países, permitiendo mayor creatividad, flexibilidad

⁵⁶³ Blum, Gabriela: *Bilateralism, Multilateralism...* 2008. Íbidem. Pg. 335

⁵⁶⁴ Incluso en el campo más universal del derecho internacional —el que regula los derechos humanos— existen concepciones divergentes, por ejemplo en cuanto a la ablación genital femenina o a la circuncisión masculina. La diversidad en el derecho internacional se explicaría así por las diferencias entre los pueblos en cuanto a valores, principios e instituciones. A esta observación fundamental se suma el problema de que los objetivos de un tratado (por ejemplo, la liberalización comercial) pueden interferir con objetivos protegidos por otros tratados (por ejemplo, la protección de los derechos de los trabajadores o la preservación del medio ambiente). Blum, Gabriela: *Bilateralism, Multilateralism...* 2008. Íbidem. Pg. 337

Ubaldo González de Frutos

Equidad entre naciones y multilateralismo

y eficacia. El hecho de haber sido concluido entre dos partes, por añadidura, facilita la identificación del tratado como una norma más cercana, haciendo que sea más fácil sentir sus provisiones como propias.

En suma, aunque en teoría un tratado multilateral promueve la uniformidad del Derecho internacional, en la práctica sus logros son limitados. La facultad inherente a los Estados de matizar sus obligaciones mediante reservas y declaraciones en instrumentos multilaterales obstaculiza la creación de un cuerpo verdaderamente uniforme, como ilustran las numerosas reservas posibles en el artículo 28 del Convenio Multilateral de BEPS, y la uniformidad se produce a expensas de otros valores, como la flexibilidad y la adaptación a las circunstancias particulares del entorno, que se promueven mejor a través de tratados bilaterales. El criterio de la uniformidad *per se* no sería suficiente para dar lugar a un instrumento multilateral general.

7.5.1.2. IGUALDAD

Esta condición implica que los derechos y deberes establecidos por el tratado sean iguales para todos, sin que ninguno exceda a otros en derechos u obligaciones. Obviamente este concepto es patrimonio de los tratados multilaterales, que por definición crean obligaciones homogéneas, pero la igualdad ante la ley realmente no es una cuestión de definición legal, sino de que las circunstancias fácticas de las partes sean comprables. De hecho, un planteamiento de ciega o absoluta igualdad tiende a perpetuar las discriminaciones de partida, hasta el punto de que se convierte en una igualdad discriminatoria. Por supuesto, este problema no es exclusivo de los instrumentos multilaterales, sino que está presente también en los bilaterales, especialmente en tratados heterogéneos donde existe una situación de desigualdad fáctica que el tratado tiende a perpetuar. En estos términos, las virtudes de un instrumento multilateral no se deben analizar desde el punto de vista, un tanto ingenuo, de la igualdad teórica, sino determinando si los instrumentos multilaterales son más propensos a la uniformidad discriminatoria que los bilaterales. Esta cuestión requiere una respuesta empírica y no puede resolverse *a priori*, pero en general, en ausencia de mecanismos correctores, podría decirse que un instrumento multilateral es más propenso a la igualdad discriminatoria.

La igualdad en los instrumentos multilaterales ha de examinarse en dos momentos: en la negociación o redacción, y en la aplicación del instrumento una vez vigente. En la primera, partimos del principio de que todos los Estados tienen igualdad soberana para influir en el texto final. La tendencia en instrumentos multilaterales auspiciados por organizaciones

Ubaldo González de Frutos

Equidad entre naciones y multilateralismo

internacionales es precisamente favorecer esa igualdad en la redacción del tratado. Frecuentemente las convenciones internacionales reunidas para redactar un tratado observan una dinámica donde los países desarrollados presentan una propuesta que los países en desarrollo, mediante una acción concertada, equilibran o bloquean, según los casos. En principio, pues, el instrumento multilateral parece más idóneo que el bilateral como vehículo para garantizar la igualdad. La realidad, sin embargo, no es tan simple. El bloqueo de la Multilateral Investment Agreement en Cancún en 2003 por veinte países en desarrollo se presentó como un triunfo, pero luego se vio que fue una victoria pírrica, pues luego esos países hubieron de negociar sus acuerdos comerciales con los países desarrollados en escenarios bilaterales con condiciones de mayor desigualdad⁵⁶⁵.

Realmente, en escenarios bilaterales las condiciones de negociación no tienen por qué ser necesariamente peores. Un país desarrollado puede ser más generoso hacia un país en desarrollo que hacia todos ellos, pues hay un límite de tolerancia de los países en desarrollo hacia las obligaciones que una coalición de estados les quiera imponer. Si éstas son draconianas, el país desarrollado simplemente no ratificará el tratado, como ocurrió con Estados Unidos en el Protocolo de Kioto sobre el medio ambiente o en la Convención de Roma sobre la Corte Penal Internacional.

7.5.1.3 *PODER NORMATIVO Y PODER SIMBÓLICO*

Los tratados multilaterales por principio gozan de un mayor poder simbólico, muchas veces acrecentado por la escenografía de las negociaciones y su repercusión en los medios de comunicación, dando como resultado que su función normativa sea claramente superior a los bilaterales. A menudo los tratados multilaterales comienzan con conferencias que tienen un alto poder simbólico, creando un estado de opinión en los Estados participantes y en la opinión pública en general, otorgándoles un aura de justicia y progreso, y marcando diferencias entre Estados que se presentan como cumplidores con las obligaciones morales internacionales frente a otros que quedan automáticamente situados en el lado opuesto. Ahora bien, esta representación puede llegar a ser un poco maniquea porque el discurso de los medios de comunicación viene marcado por generalizaciones que no son capaces de captar la complejidad técnica de las cuestiones en juego. El resultado es que las convenciones multilaterales muy

⁵⁶⁵ Descrito por GRAHAM, Edward: *Fighting the wrong enemy: Antiglobal activists and multilateral enterprise*. Institute for International Economics, Washington DC. 2000.

ambiciosas tienen escaso éxito práctico. En el lado opuesto del espectro, los tratados bilaterales se presentan como más pragmáticos. Los tratados bilaterales ciertamente no facilitan la uniformidad, pero cumplen otros objetivos, especialmente la adecuación a las condiciones fácticas particulares, y el equilibrio de obligaciones recíprocas. También son más adecuados para buscar un punto medio entre objetivos concurrentes o contrapuestos como el fomento del comercio, mientras se avanza en la protección de los derechos de los trabajadores, el medio ambiente y el desarrollo. Además, la repetición de cláusulas similares en tratados bilaterales llega a construir costumbre internacional, y algunas de ellas tienen fuerte valor simbólico y normativo. Es el caso, por ejemplo, de la no discriminación en los tratados fiscales. En cualquier caso, es evidente que el poder normativo y simbólico de un tratado internacional superaría al existente en los tratados bilaterales.

7.5.2.- EFECTIVIDAD PRÁCTICA DEL RÉGIMEN ESTABLECIDO

Este parámetro lo desglosa Blum en tres criterios, eficacia, eficiencia y estabilidad del régimen creado⁵⁶⁶.

7.4.2.1 EFICACIA

La multilateralidad, que nace con la Sociedad de las Naciones después de la Primera Guerra Mundial, adquirió su mayor relevancia con la creación de la ONU después de la Segunda Gran Guerra. A partir de ese momento, ha ido desarrollándose como idea fuerza y se ha exacerbado en tiempos más recientes con la globalización. En esta búsqueda de soluciones globales la eficacia es un criterio muy importante y una vez más viene asociado de inicio a la idea de un tratado multilateral. Suele repetirse el mantra de que los problemas globales requieren soluciones globales. Sin embargo, a pesar de la aparente veracidad intuitiva en este aserto, hay que distinguir entre los varios tipos de bienes jurídicos. En particular, la clave está en la amplitud de las obligaciones que cada tratado establece, porque de ello depende la capacidad para producir cambios en el comportamiento de las partes y por ende la eficacia. Al respecto, Blum hace notar que sólo los tratados que generan obligaciones de cierta amplitud son susceptibles de producir amplios resultados, mientras que los tratados con menos contenidos producen cambios sólo superficiales. En esta comparación los tratados multilaterales quedan en peor condición, pues tienen menor potencial. Efectivamente, el necesario consenso para que sea

⁵⁶⁶ Blum, Gabriela: *Bilateralism, Multilateralism...* 2008. Íbidem. Pgs. 348 a 362

Ubaldo González de Frutos

Equidad entre naciones y multilateralismo

aceptado por la mayoría de las partes va en detrimento de la profundidad de las obligaciones, hasta el punto de que podemos sostener que cuanto más universal sea el tratado, menor contenido tendrá. En contraposición, los tratados bilaterales pueden establecer obligaciones de mayor calado porque no necesitan convencer a otros Estados.

Por otro lado, la eficacia es una cuestión empírica, es decir, depende de si el tratado va a ser efectivamente aplicado en la práctica, y en este campo no es fácil establecer diferencias a priori entre instrumentos bilaterales y multilaterales. A favor del multilateral estaría la cuestión de la reputación, que agrava la posición de los incumplidores, aunque algunos países pueden no sentirse intimidados. Además, la inclusión de mecanismos de seguimiento e información pública sobre los resultados del Tratado, cada día más frecuente, incrementa el potencial de tratados multilaterales. Por contraposición, puede también argumentarse que los tratados bilaterales son más eficaces porque no hay que encomendar la vigilancia a una instancia independiente, sino que está en las manos de las dos partes contratantes.

7.5.2.2 EFICIENCIA

De manera intuitiva también parece que el tratado multilateral es preferible. Los costes de negociación de un tratado multilateral son inferiores que el de un conjunto de instrumentos bilaterales. La Convención de Viena de Relaciones Diplomáticas, por ejemplo, que garantiza la protección de la inviolabilidad de las sedes y representantes diplomáticos, equivale en la práctica a 18.000 tratados bilaterales. Ahora bien, es innegable que la introducción de Estados adicionales en una negociación conlleva costes, causados por la asimetría de la información, las actitudes estratégicas, las barreras psicológicas e ideológicas y las limitaciones constitucionales de cada uno. De hecho, en la negociación de cualquier acuerdo el punto más cercano al óptimo de Pareto es la negociación bilateral. Existe además otro problema en la negociación de tratados multilaterales, y es la posibilidad de que, después de haber condicionado la negociación del tratado, cualquiera de las partes participantes en la convención no lo ratifique. Este resultado, desgraciadamente muy frecuente, significa que se han sufrido todos los costes de la negociación para no alcanzar ningún beneficio. La posibilidad de manipular una negociación para luego no adherirse al resultado produce ineficiencia.

7.5.2.3 ESTABILIDAD DEL RÉGIMEN CREADO

Finalmente, un valor a tener en cuenta es la estabilidad del régimen establecido. Los tratados multilaterales son en principio más longevos, pues los costes altos de la renegociación y, si el tratado ha dado lugar al nacimiento de una organización internacional, lo es más por el efecto estabilizador de la burocracia. Una vez entra en vigor, la renegociación del tratado exige el acuerdo unánime de todos los miembros, pues de otro modo lo que se produce es la superposición, con la creación de un nuevo tratado entre las partes firmantes. Este resultado no es muy deseable, pues conseguir la unanimidad es muy difícil ya que el derecho de veto significa que inmediatamente se adoptan posiciones estratégicas. En definitiva, la longevidad de un tratado multilateral está prácticamente garantizada. Esta longevidad es positiva pero tienen también sus problemas. A medida que pasa el tiempo los tratados necesitan reformas para adaptarse a las nuevas circunstancias, como hemos visto en el Proyecto BEPS, y esto ha significado un problema para los tratados bilaterales, que va a resolverse por vez primera mediante uno multilateral. Desde el punto de vista de la estabilidad, no es obvio que existan ventajas entre unos y otros. La duración, eficacia y eficiencia de cualquier tratado está condicionada por el tipo de bienes jurídicos de que se ocupe. Desde este punto de vista hemos de diferenciar entre actividades de coordinación y de cooperación, entre bienes universales y bienes regionales (por ejemplo, un río), y entre tratados sobre fenómenos que causan externalidades frente a otros que no lo hacen.

La coordinación es la respuesta a una situación en que hay varios escenarios aceptables por las partes, y la función del tratado es determinar una de común acuerdo. Es el caso de la Organización Internacional de Aviación Civil o la Unión Internacional de las Telecomunicaciones. Este tipo de tratados son de tipo técnico, y fijan estándares dentro de un catálogo de posibilidades generalmente aceptables. Por consiguiente, los estados participantes tienen un incentivo para permanecer en el marco del tratado, y el instrumento multilateral se demuestra eficaz.

La cooperación en cambio es más complicada. Hablamos de cooperación cuando la naturaleza de los intereses en juego significa que los Estados tienen algo que ganar y algo que perder con la firma del Tratado. No son tratados puramente técnicos sino que tienen implicaciones políticas. Este es el caso del cambio climático, la lucha contra el SIDA o la proliferación de armas nucleares. Los tratados fiscales son de este tipo, y se caracterizan por que los Estados tienen

interés en cooperar, pero también una propensión a separarse. La cooperación de alto número de países se fomenta mediante incentivos, garantías de relevancia del tratado al incluir a las partes con mayores intereses, y con organizaciones internacionales que articulan los intereses en conflicto, pero aquí es donde se ponen de manifiesto las principales carencias de los instrumentos multilaterales.

Los tratados que se refieren a bienes universales, como el medio ambiente, los océanos, o el espacio, son materias donde el tratado multilateral adquiere su máximo significado. Este tipo de tratados para ser eficaces requiere la universalidad o al menos una adhesión mayoritaria, lo cual plantea problemas de acción colectiva, a pesar de lo cual el tratado multilateral sigue siendo la opción elemental. Otros escenarios regionales, como los ríos con cauces que transcurren por varios estados, reservas de petróleo comunes y otros bienes regionales también son indicados, aunque en estos casos se puede ver un tratado multilateral de varios miembros o una red de tratados bilaterales. En fiscalidad, el debate no resuelto entre nacionalistas y universalistas⁵⁶⁷ impide que podamos calificar la fiscalidad como un bien universal.

En cualquier caso, y pese a que pueda resultar contra-intuitivo, la cooperación limitada surte efectos en el campo de los bienes universales. Por una parte, la inclusión de numerosos Estados en un instrumento genera importantes costos. Una coalición más limitada, sobre todo si reúne a las partes más significativas, puede resultar más eficaz que una convención con muchos miembros pero sin la participación de los estados más afectados. Este es el caso de los acuerdos de liberalización de comercio o el medio ambiente. En estos casos el éxito no depende del número de estados participantes, sino de que los más importantes efectivamente participen, y esto se puede predicar perfectamente de un instrumento multilateral en materia de fiscalidad.

Otro elemento clave es la voluntad de introducir un elemento redistributivo en el régimen jurídico internacional. Desde este enfoque Blum señala la necesidad de un enfoque universalista, lo que es propio del instrumento multilateral⁵⁶⁸. En ausencia de ese marco, los estados más fuertes carecen de incentivos para promover la redistribución. El problema es que si el nuevo régimen es fuertemente redistributivo, los países pueden decidir no participar. Cuando la situación de partida es claramente diferente, el mantenimiento del *statu quo* tiende a perpetuar las situaciones y en tal caso hay pocos incentivos para que los países desarrollados promuevan

⁵⁶⁷ Véase el epígrafe 7.4.1

⁵⁶⁸ Blum, Gabriela: *Bilateralism, Multilateralism...* 2008. Íbidem. Pg 361

iniciativas redistributivas. Además, existe un elemento de proximidad con ciertos Estados y no con otros, que significa que los países desarrollados estarían más dispuestos a ejercer su generosidad en ciertos tratados bilaterales que en un instrumento multilateral *erga omnes*. Este es uno de los principales obstáculos para la viabilidad de un instrumento multilateral de amplio espectro en materia tributaria.

Las externalidades de los bienes o derechos objeto del tratado son otro elemento clave. Las externalidades pueden ser positivas o negativas, con beneficios o perjuicios para los países no participantes⁵⁶⁹. La existencia de externalidades crea partes con intereses legítimos, lo que hace más conveniente el tratado multilateral, pero éste es más eficaz a la hora de mitigar externalidades negativas que a la hora de generar externalidades positivas.

Cuando existen externalidades la cuestión es hasta qué punto todos los afectados tienen que ser parte del tratado. En teoría, se debería limitar a quienes tienen el potencial de realizar una contribución significativa, para evitar que el proceso se haga demasiado complicado e ineficiente, dando lugar a compartimientos estratégicos que trascienden la esfera de las externalidades. La determinación de las externalidades y los sujetos relevantes es por tanto la clave. No se trata de una cuestión técnica, sino que implica decisiones éticas y políticas sobre el nuevo régimen. En este punto, es necesario traer a colación las externalidades negativas descritas por el FMI⁵⁷⁰ que hemos analizado en el epígrafe 3 de este capítulo. Sería necesario, por consiguiente, que participasen los países exportadores de capitales que generan la mayor parte de efectos negativos, y los paraísos fiscales que se benefician de ellos.

7.5.3.- LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA E INSTITUCIÓN QUE LO AUSPICIA

7.5.3.1 LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA

A menudo los tratados se negocian a partir de grandes conferencias internacionales que reúnen a gobiernos y otros actores nuevos, como las ONGs, representantes de la empresa, sindicatos, y otros grupos de interesados. Estos nuevos actores carecen de voto pero no por ello dejan de influir en las negociaciones. En este sentido, los instrumentos resultantes parecen más participativos y democráticos.

⁵⁶⁹ Los acuerdos de reducción del arsenal atómico entre EEUU y la URSS, por ejemplo, son un acuerdo bilateral con externalidades positivas para todos.

⁵⁷⁰ Véase FMI. *Spillovers in International Corporate Taxation*. [en línea] IMF Policy paper, 9-5-2014. [consulta: 1-12-2016]. Disponible en <http://www.imf.org/external/np/pp/eng/2014/050914.pdf>.

Este modo de hacer tratados se antoja como una nueva forma de gobernanza mundial, en el sentido de que estos nuevos actores se presentan como más preocupados por el bienestar de los ciudadanos del mundo que los representantes de los países. A la configuración de esta forma de hacer tratados ha contribuido directamente Naciones Unidas al organizar grandes conferencias sobre los temas que preocupan, como lo derechos humanos, el medio ambiente, la mujer, los derechos de los pueblos o el desarrollo sostenible.

Sin embargo, la legitimidad democrática de estos nuevos actores es cuestionable. Pese a la nobleza de sus planteamientos, su legitimidad democrática no se basa en un proceso representativo. Dicen representar a las minorías, pero es una representación autoasignada, y las ONGs no están libres de problemas comunes con cualquier organización humana. El fallido intento, entre 1995 y 1998, de concluir un acuerdo multilateral de inversiones⁵⁷¹ en el seno de la OMC y de la OCDE ejemplifica esta tensión. El borrador del AMI planteaba un marco liberalizador de los mercados de inversión y la protección de los inversores extranjeros mediante un sistema efectivo de resolución de conflictos, al cual pudieran adherirse países miembros y no miembros de la OCDE. Las negociaciones fracasaron porque las ONGs y las agencias públicas de cooperación para el desarrollo⁵⁷², incluyeron objetivos como la protección del medio ambiente, los derechos de los trabajadores y el desarrollo que no habían sido incluidos en el texto inicial⁵⁷³. Estos asuntos, de un contenido altamente político, dilataron las negociaciones y al final fueron la razón del fracaso de las negociaciones.

En 1997 se produjo la filtración de un borrador del AMI a los medios de comunicación y a las ONGs, lo que desató una importante movilización social en Europa y en EEUU, que finalmente llevó a Francia a retirarse de la mesa de negociación, arruinando las posibilidades de aprobar el acuerdo multilateral. Este resultado fue presentado como una victoria de los activistas del movimiento anti-globalización, pero a pesar de todo una victoria pírrica, pues los aspectos que

⁵⁷¹ *Multilateral Investment Agreement*, AMI, por sus siglas en español. Véase GRAHAM, Edward: *Fighting the wrong enemy: Antiglobal activists and multilateral enterprise*. Institute for international Economics, Washington DC. 2000.

⁵⁷² Por ejemplo, DFID en el Reino Unido

⁵⁷³ Este antecedente es relevante porque constituye un ejemplo claro de los problemas políticos de la acción colectiva y de la implicación de las ONGs, muy activas también en materia fiscal, y por el paralelismo con los tratados fiscales, pues el AMI buscaba sustituir los más de 2.000 Acuerdos bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones celebrados entre Estados industrializados y países en desarrollo, en su mayoría a partir de 1987 eliminando, o al menos reduciendo, las distorsiones que afectan a la IED, y así eliminar las barreras a la inversión para conseguir una economía global cada vez más abierta

en su día fueron más conflictivos⁵⁷⁴ terminaron trasladándose a los acuerdos bilaterales de protección de inversiones. Como ha señalado Graham al analizar este proceso, la globalización tiene sus problemas pero es un proceso imparable, por lo que mejor que oponerse a ella sería corregir sus defectos⁵⁷⁵.

La historia de los Tratados de Protección de Inversiones es, de hecho, un ejemplo muy interesante de la dicotomía entre acción colectiva y competencia individual de los Estados. La protección del inversor extranjero ha pasado por tres etapas. La primera estuvo dominada por la llamada “Regla Hull”, que garantizaba una indemnización inmediata, adecuada y efectiva⁵⁷⁶ y que se tornó pronto en Derecho internacional consuetudinario. La segunda fase comenzó tras la II Guerra Mundial, cuando las antiguas colonias conquistan su independencia y comienzan a actuar como sujetos de Derecho internacional público, con un esquema de valores diferente al de las antiguas metrópolis. Los países en desarrollo comenzaron a cuestionar la existencia de la regla Hull consuetudinaria y pasaron a expropiar activos y a nacionalizarlos en función de una mentalidad nueva, ya sea porque las concesiones se habían realizado durante la vigencia del colonialismo, ya porque se tratase de recursos naturales sobre los que los países entendían tienen soberanía. La extensión del comunismo por los países del este de Europa, China y Cuba exacerbó esa tendencia, y en paralelo se fue forjando una mentalidad que discutía el valor de *opinio iuris* a la regla Hull. Los países en desarrollo encontraron el foro perfecto para adoptar una acción colectiva en Naciones Unidas y consiguieron que la Asamblea General adoptase cuatro resoluciones⁵⁷⁷ que declararon la soberanía nacional sobre los recursos naturales y relativizaron el derecho a la indemnización, remitiendo a legislación vigente en el país que lleva a cabo la nacionalización, lo que en la práctica era denegar el derecho a la compensación eficaz e inmediata de la Regla Hull. La resolución de 1974, denominada Nuevo orden Económico

⁵⁷⁴ Como son los principios fundamentales de trato nacional, cláusula de nación más favorecida, transparencia, resolución de conflictos mediante el arbitraje

⁵⁷⁵ GRAHAM, Edward: *Fighting the wrong enemy: Antiglobal activists and multilateral enterprise*. Institute for international Economics, Washington DC. 2000

⁵⁷⁶ Esta regla, que debe su nombre al Secretario de Estado norteamericano Cordell Hull, porque la enuncio en una nota dirigida al ministro de Asuntos exteriores mejicano en el seno de una controversia surgida a raíz de la expropiación por Méjico entre 1935 y 1940 de propiedades de no residentes, entre ellos un norteamericano. GUZMAN, Andrew T: Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties, [en línea] En *Virginia Journal of International Law*, Vol. 38, pp 639-688. 1 de enero de 1997. Disponible en <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1903&context=facpubs> [Consulta 7 Febrero 2016], página 645.

⁵⁷⁷ Resolución 1803 de 1962, Resolución 3171 de 1973 y Resolución 3201 de 1974, así como la Carta de los Derechos y Obligaciones Económicos de los Estados CDOEE, también de 1974.

Internacional, considera inaceptable cualquier forma de represalia sobre un país por haber ejercido su derecho a la expropiación y representa el arrumbamiento definitivo de la regla Hull.

El tercer momento en esta historia es el comienzo del desarrollo de tratados de protección de inversiones que, renunciado absolutamente al nuevo estándar de Naciones Unidas, vuelven a conceder el derecho la compensación inmediata y efectiva, e incluso van mucho más allá al garantizar la ejecución de este derecho a instancias arbitrales ejecutivas. Esta situación es completamente paradójica. Los países en desarrollo renuncian abiertamente a una conquista que les costó mucho trabajo lograr, y la cuestión que surge entonces es por qué los TPI han aceptado renunciar a su posición de privilegio.

La firma de tratados de protección de inversión se explica entonces por medio de la teoría de los juegos y en particular del dilema del prisionero. El dilema del prisionero consiste en que para los países en desarrollo, como grupo, el óptimo de Pareto es la Resolución de Naciones Unidas “Carta de los Derechos y Obligaciones Económicos de los Estados, CDOEE” y no la regla Hull, pero en cambio cada uno de los países en desarrollo por separado va a tener más ventajas si firma un tratado de protección de inversiones. Es decir, se trata de un problema de competencia internacional. La cantidad de inversión adicional que cada país puede conseguir depende no de las reglas generales de Derecho internacional público, sino de su ventaja competitiva y de la sensibilidad de la demanda a los recursos del país para inversores extranjeros (materias primas, trabajo, vigencia del estado de derecho, ausencia de corrupción, ubicación, etc.). Si el mercado de los recursos que ofrece el país es muy competitivo, es decir, si existe un alto nivel de oferta, cualquier mejora de la situación competitiva, por pequeña que sea, probablemente incrementará las posibilidades del país. Siguiendo esta regla, por consiguiente, la capacidad del país para asumir compromisos creíbles a largo plazo en un mercado con múltiples oferentes es una palanca para aumentar su competitividad. En consecuencia, esto va a generar una dinámica donde, como se ha visto en el caso de los tratados de protección de inversiones, todos los oferentes trataran de igualar o mejorar las condiciones de sus competidores. En el extremo, la competencia va a significar que los beneficios para los países de acogida se van a ver reducidos a cero. Como en cualquier mercado competitivo, el vendedor reduce sus márgenes y el beneficio se traslada al comprador (en este caso los inversores extranjeros).

Eso explica también explica por qué los tratados de protección de inversiones son bilaterales y no multilaterales, lo que tiene implicaciones sobre la eficiencia, la justicia y el propio derecho

internacional, y muestra un antecedente muy importante en la vía de una hipotética negociación de un nuevo acuerdo multilateral fiscal para reequilibrar residencia y fuente.

7.5.3.2 PROFESIONALIDAD DE LA INSTITUCIÓN QUE LO AUSPICIA

La burocracia internacional que auspicia un tratado y que lo aplica en la práctica puede ser también una fuente de legitimidad. Se reúnen profesionales y expertos con un punto de vista no mediatizado por intereses políticos nacionales, lo cual aporta profesionalidad al régimen establecido. Las burocracias internacionales son en realidad muchas veces el verdadero motor para la adopción de nuevos instrumentos multilaterales, pero Blum denuncia el peligro de que los secretariados resulten ganadores a expensas de otros interesados⁵⁷⁸. En definitiva, el atractivo de los instrumentos multilaterales reside en la posibilidad de que sean más democráticos y e inclusivos gracias a la participación de una organización internacional. En el otro lado del espectro, los tratados bilaterales se firman entre representantes directos democráticos, y evitan que intereses ajenos secuestren los intereses en juego.

7.6.- LA CONVENCIÓN MULTILATERAL DE BEPS

El 24 de noviembre de 2016 se culminó la redacción del Convenio Multilateral para Implementar las Medidas Relativas a los Tratados del Plan de Acción de BEPS⁵⁷⁹. La Acción 15 del Plan BEPS⁵⁸⁰, que obedecía a razones eminentemente pragmáticas, ha venido a demostrar la viabilidad de un instrumento multilateral en fiscalidad internacional, lo que según nuestra tesis abre la vía a una redistribución de las bases mundiales. Existen en teoría dos vías para ello: la modificación del Convenio Multilateral para incluir nuevas disposiciones, lo cual sería posible por la vía de su Artículo 33, o tal vez por la decisión de convocar una nueva conferencia internacional para negociar tal acuerdo.

⁵⁷⁸ Blum, Gabriela: *Bilateralism, Multilateralism...* 2008. Íbidem. Pg 367.

⁵⁷⁹ OCDE: Multilateral Convention to Implement Tax Treaties Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting. Disponible en <http://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf> [consulta 10 de diciembre de 2016] y nota explicatoria OCDE: Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting. 24 November 2016. [en línea] disponible en <http://www.oecd.org/tax/treaties/explanatory-statement-multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf> [Consulta 10 de diciembre de 2016]

⁵⁸⁰ OCDE: *Action 15, A Mandate for the Development of a Multilateral Instrument on Tax Treaty Measures to Tackle BEPS. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, [en línea] Disponible en <https://www.oecd.org/ctp/beps-action-15-mandate-for-development-of-multilateral-instrument.pdf> [consulta 20 marzo 2016]

La Convención multilateral actual es tan insólita en el marco del derecho fiscal internacional bilateral que la Acción 15 comenzó con un estudio de viabilidad, y nació como un recurso técnico para modificar los tratados existentes de una sola vez, y así poder implementar las acciones de BEPS que se refieren a los tratados⁵⁸¹ sin necesidad de renegociar uno a uno los más de 3.000 tratados existentes.

El primer paso fue la publicación del informe técnico de viabilidad en septiembre de 2014⁵⁸², redactado por expertos en derecho internacional público y derecho tributario. El informe abordaba los problemas técnicos para concluir que el instrumento multilateral no sólo es posible sino también deseable. Los asuntos técnicos discutidos eran las cláusulas para resolver conflictos entre el tratado multilateral y los bilaterales, la flexibilidad para que el instrumento multilateral tuviera un número crítico de signatarios, la relación de este instrumento con otras normas internacionales, como las de la Unión Europea, y otros asuntos más pragmáticos como el idioma, la renumeración de párrafos y artículos o la entrada en vigor.

La diferencia entre la Convención Multilateral de BEPS y un instrumento de mayor alcance político, susceptible de producir alteraciones en el *statu quo* de la distribución de la potestad tributaria entre países desarrollados y en desarrollo está en el alcance limitado del primero, constreñido *ab initio* por el mandato al grupo Ad Hoc que lo elaboró⁵⁸³. El Grupo ad Hoc se constituyó el 5 de noviembre de 2015 y reunió a más de 100 países y jurisdicciones⁵⁸⁴ en pie de

⁵⁸¹ La introducción de cláusulas contra el abuso de tratados, los cambios en la definición del concepto de establecimiento permanente, los cambios para mejorar los procedimientos de resolución de controversias, y los cambios para lidiar con los desajustes por híbridos.

⁵⁸² OCDE: Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties. 2014. [en línea] <http://www.oecd.org/ctp/developing-a-multilateral-instrument-to-modify-bilateral-tax-treaties-9789264219250-en.htm> [consulta 23 de marzo de 2016].

⁵⁸³ El alcance del mandato para el desarrollo del instrumento multilateral se limita a la modificación de los tratados bilaterales existentes para implementar las medidas relacionadas con los tratados desarrolladas en el curso del Proyecto BEPS. OCDE: *Action 15, A Mandate for the Development of a Multilateral Instrument on Tax Treaty Measures to Tackle BEPS*. 2015. [en línea] <http://www.oecd.org/ctp/beps-action-15-mandate-for-development-of-multilateral-instrument.pdf> [consulta 23 de marzo 2016]

⁵⁸⁴ Alemania, Andorra, Arabia Saudí, Argentina, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bangladesh, Barbados, Bélgica, Benin, Brasil, Bulgaria, Burkina Faso, Bután, Camerún, Canadá, Chile, China (República Popular), Chipre, Colombia, Corea, Costa de Marfil, Costa Rica, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos, Fiji, Filipinas, Finlandia, Francia, Gabon, Georgia, Grecia, Guatemala, Haití, Hungría, India, Indonesia, Irlanda, Islandia, Islas Marshall, Israel, Italia, Jamaica, Japón, Kazajistán, Letonia, Líbano, Liberia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malasia, Malta, Marruecos, Mauricio, Mauritania, México, Moldavia, Mongolia, Nigeria, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Paquistán, Polonia, Portugal, Qatar, Reino Unido, República Checa, República Dominicana, Rumanía, Rusia, San Marino, Senegal, Serbia, Singapur, Sri Lanka, Suazilandia, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia, Tanzania, Túnez, Turquía, Ucrania, Uruguay, Vietnam, Zambia y

Ubaldo González de Frutos

Equidad entre naciones y multilateralismo

igualdad, así como a organizaciones internacionales. Estuvo presidido por el Reino Unido y tuvo como vicepresidentes a China, Marruecos y Filipinas.

La Convención contiene 39 artículos agrupados en siete capítulos: I.- Alcance e Interpretación; II.- Desajustes Híbridos; III.- Abuso de Tratados; IV.- Abuso del Estatuto de Establecimiento Permanente; V.- Mejora de la Resolución de Controversias; VI.- Arbitraje y VII.- Normas Finales.

La Convención Multilateral para Implementar las Medidas de BEPS Relativas a Tratados Fiscales es un importante avance para la equidad fiscal entre naciones porque permitirá implementar de forma sencilla las Acciones 2, 6 y 7 de BEPS, lo que debería mejorar la recaudación por parte de los países en desarrollo al evitar la planificación fiscal abusiva mediante híbridos, evitar el *Treaty Shopping* y la elusión del estatuto de establecimiento permanente. Con estas medidas teóricamente habrá una mejor alineación entre creación de valor y base imponible y esa ecuación aumenta la equidad entre naciones en el Impuesto de Sociedades.

Más allá de estas medidas, constituye un antecedente para una hipotética Convención Multilateral de Fiscalidad de alcance general que abordaría, a partir de los Modelos existentes (MCOCDE y MCONU) un texto único con un nuevo equilibrio entre residencia y fuente. La Convención Multilateral de BEPS es un mecanismo innovador⁵⁸⁵, y su mera existencia supone un cambio simbólico de cara al futuro de la concertación fiscal internacional inaugurando una nueva era en el campo de los tratados fiscales⁵⁸⁶.

Como sostiene Serrano Antón, esta situación puede ser vista como una oportunidad para que los países en vías de desarrollo planteen coordinadamente iniciativas que atiendan a sus propios intereses comunes, que no exclusivamente consistan en combatir la erosión de su base fiscal en

Zimbabwe. OCDE: *Multilateral instrument for BEPS tax treaty measures: the Ad hoc Group*. [en línea, disponible en <http://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-instrument-for-beps-tax-treaty-measures-the-ad-hoc-group.htm>, consulta 2 de abril de 2016]

⁵⁸⁵ “Existe la *necesidad de considerar formas innovadoras* para implementar las medidas resultantes del Plan de acción de la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios... Un instrumento multilateral que modifique los convenios bilaterales es una prometedora vía de avance en este sentido”. OCDE, Plan de Acción... *Ibidem*, Página 28.

⁵⁸⁶ Opinión defendida por SCHWARZ, Jonathan: *Multilateral Tax Treaty: If we build it, will they come?* [en línea] 5 de septiembre de 2005. Kluwer International Tax Blog. Disponible en <http://www.kluwertaxlawblog.com/blog/2015/09/05/multilateral-tax-treaty-if-we-build-it-will-they-come/> [consulta 23 de marzo de 2016].

los mismos términos que los países desarrollados, sino en proteger sus intereses legítimos a gravar la renta originada en sus jurisdicciones y a otorgar regímenes fiscales preferenciales con actividad y sustancia que fomenten su desarrollo económico mediante la atracción de inversión extranjera genuina⁵⁸⁷.

7.7.- CONCLUSIONES

Hemos visto en este capítulo cómo la existencia de externalidades importantes en la fiscalidad internacional de algunos países y el fracaso de la red de tratados bilaterales para crear un mecanismo de redistribución transnacional apuntan en la dirección de un instrumento multilateral de amplio alcance que, sin embargo, hoy por hoy tiene escasa viabilidad política, toda vez que fracasó el intento de generar un multilateralismo amplio en la III Conferencia de Financiación para el Desarrollo de Addis Abeba en julio de 2015.

A pesar de ello, como consecuencia de la globalización y del progreso económico alcanzado por los PVD desde que en el año 2000 se definieron los ODM ha emergido un multilateralismo de nuevo cuño que se impone con pujanza en la arquitectura del sistema tributario internacional: la Convención Multilateral sobre Asistencia Administrativa Tributaria Mutua, el Foro Global de Transparencia e Intercambio de Información, el Convenio Multilateral de Autoridades Competentes para implementar el nuevo estándar internacional de intercambio de información y la Convención Multilateral para Implementar BEPS 15 no son hechos aislados o inconexos, sino el reflejo de una nueva forma de relación en la política internacional donde todos los actores cuentan, incluyendo países desarrollados, economías emergentes y países en desarrollo.

La relevancia del nuevo multilateralismo para los países en desarrollo radica en las posibilidades de una redistribución de la potestad tributaria que dé mayor protagonismo al criterio de la fuente, lo cual se haría idealmente mediante un nuevo instrumento multilateral de amplio alcance, un texto construido a partir de la fusión de los Modelos existentes (Naciones Unidas y OCDE) abierto a la adhesión de todos los países del mundo, un texto que se superpondría a los tratados existentes sin derogarlos, y que requeriría a medio plazo una solución de ajuste. En este escenario, la Convención Multilateral de BEPS tiene un valor simbólico y de antecedente que abrirá en el futuro nuevos horizontes a la justicia distributiva.

⁵⁸⁷ SERRANO ANTÓN, Fernando: “La era post-BEPS o la ejecución de su Plan de Acción: Convenio Multilateral vs. Implementación Unilateral”. *Quincena Fiscal*, N. 12, 2016, págs. 129-164, ISSN 1132-8576. Pg. 135

Una Convención Multilateral amplia favorecería a la equidad, a la eficiencia, reduciría los costes de aplicación del sistema fiscal internacional y las posibilidades de planificación fiscal basada en desajustes legales. Las normas nacionales son por naturaleza expansivas, tratando de capturar las rentas imposables mediante definiciones muy amplias, originando situaciones de doble imposición. Esta búsqueda de la jurisdicción supone que cada país va a construir sus propias normas de fiscalidad internacional a partir de definiciones amplias, lo que genera situaciones de doble imposición, al mismo tiempo que se fomentan una serie de valores políticos, culturales dentro de una tradición jurídica determinada, originando desajustes entre sistemas que pueden ser aprovechados para generar situaciones de doble no sujeción. Esto abonaría la aparición de un tratado multilateral, de lo cual vamos a ocuparnos en el capítulo siguiente por su estrecha conexión con la cuestión de la equidad redistributiva

Sin embargo, para no generar expectativas no realistas, hemos analizado la viabilidad de esta idea desde el punto de vista de la ideología cosmopolita, que le serviría de sustento. Hemos examinado la contraposición entre ese cosmopolitismo ideal y el nacionalismo reinante para llegar a la conclusión de que no es necesario acabar con el nacionalismo e instaurar un cosmopolitismo para realizar avances pragmáticos. La globalización ha difuminado los contornos de ambas ideologías y en la actualidad la estructura de la sociedad internacional se adscribe a una vía intermedia y pragmática que puede fundamentar recetas de política fiscal internacional que tomen lo mejor de cada orientación, como la propuesta de relacionar la solidaridad global con los deberes relacionales nacidos de relaciones contractuales formulada por Benshalom⁵⁸⁸.

No obstante, aunque las soluciones pragmáticas de la tercera vía ofrezcan amplias posibilidades para el progreso de la equidad en la fiscalidad internacional, sin embargo las acciones para incorporar elementos correctores en los instrumentos internacionales quedan encomendadas a los Estados, agentes políticos que ya han demostrado su ineficacia a la hora de incorporar elementos correctores en el sistema de la fiscalidad internacional, por lo cual necesitamos apoyarnos en el nuevo multilateralismo si queremos realizar avances significativos.

En este contexto adquiere mayor significación la posibilidad de una Convención Multilateral no limitada a BEPS, y hemos examinado las ventajas teóricas y prácticas de tal instrumento

⁵⁸⁸ BENSHALOM, Ilan: *The New Poor at Our Gates: Global Justice Implications for International Trade and Tax Law. Faculty Working Papers*. Northwestern University. N 172. 2009. 61 pgs

utilizando el marco de análisis de Blum⁵⁸⁹, un marco conceptual general creado para el análisis del derecho internacional en cualquiera de sus ramas, no específicamente para la fiscalidad, lo cual le da una mayor robustez por no tratarse de un marco ad hoc.

En varios aspectos una Convención Multilateral se revela como muy adecuada en teoría, pero no siempre en la práctica. Sería positiva para la uniformidad del derecho internacional y para la igualdad de las naciones desde el punto de vista de la igualdad teórica, pero en realidad podría consolidar la discriminación porque los Estados parten de realidades muy distintas, con lo cual la fórmula única no es la solución. Además, una Convención Multilateral es menos flexible y necesita muchas reservas para adaptarse a las necesidades específicas de cada país, lo cual desnaturaliza sus teóricas ventajas como instrumento multilateral.

El argumento de mayor empaque para una Convención Multilateral amplia es la existencia de externalidades en la fiscalidad internacional. El FMI ha evaluado la magnitud de los efectos colaterales en los países en desarrollo y concluye que la pérdida media de bases imponibles en los países en desarrollo mediante prácticas de BEPS se eleva al 13%, más del doble del 5% que estima para los países de la OCDE⁵⁹⁰. Cuando existen externalidades la cuestión clave es hasta qué punto los afectados tienen que ser parte del tratado. La teoría indica que se debería limitar a quienes tienen el potencial de realizar una contribución significativa, para evitar que el proceso se convierta en algo demasiado complicado e ineficiente, dando lugar a compartimientos estratégicos que trascienden la esfera de las externalidades.

La determinación de las externalidades y los sujetos relevantes es por tanto la clave. No se trata de una cuestión técnica, sino que implica decisiones éticas y políticas sobre el nuevo régimen. Sería necesario, por consiguiente, que participasen los países exportadores de capitales que generan la mayor parte de efectos negativos, y los paraísos fiscales que se benefician de ellos. Además, sería necesario moderar la cantidad de redistribución que se quiere conseguir, pues si el nuevo régimen fuera fuertemente redistributivo, los países perdedores podrían decidir no participar.

⁵⁸⁹ BLUM, Gabriela: *Bilateralism, Multilateralism and the Architecture of International Law*. En *Harvard International Law*. Volumen 49, núm. 2, 2008, pgs. 323 a 379

⁵⁹⁰ FMI. *Spillovers in International Corporate Taxation*. [en línea] IMF Policy paper, 9-5-2014. [consulta: 1-12016]. Disponible en <http://www.imf.org/external/np/pp/eng/2014/050914.pdf>. Pg. 20.

8.- La equidad en los precios de transferencia después de BEPS

8.1.- INTRODUCCIÓN

Los precios de transferencia han recibido abundantes críticas desde el punto de vista de la equidad entre naciones porque su complejidad y escasa transparencia se han aprovechado frecuentemente por las multinacionales para vaciar las bases imponibles de los países donde desarrollan sus actividades productivas o comerciales, con graves daños para los países en desarrollo. Complejidad y opacidad son características que siguen alimentando el debate sobre si los precios de transferencia como estándar internacional cumplen el requisito de garantizar la equidad entre las naciones o, por el contrario, habría que sustituirlos por un sistema de imposición unitaria, debate entre partidarios y detractores que examinaremos en el Capítulo 10.

Ahora bien, dado que entre los argumentos de los abolicionistas está la incapacidad del principio de plena competencia para resolver los problemas de distribución de bases, para poner en sus justos términos la propuesta de la imposición unitaria es necesario ver si los precios de transferencia siguen sin garantizar la equidad fiscal entre naciones tras su reforma por el Proyecto BEPS, lo que hacemos en este capítulo⁵⁹¹. Por las mismas razones, mención especial merece también el incremento de la transparencia por el Informe País- por-País, al que por su sustantividad también dedicamos un capítulo separado.

El Proyecto BEPS quiso reformar los estándares internacionales de la fiscalidad para lograr que la tributación de los beneficios empresariales llegue a ser consecuente con la creación de valor, de suerte que los beneficios empresariales queden gravados allí donde tengan lugar las actividades económicas en lugar de exportarlos a jurisdicciones sin tributación, evitando que

⁵⁹¹ Véase también GONZÁLEZ DE FRUTOS, Ubaldo. El Proyecto BEPS y la Reforma de los Precios de Transferencia, en CORDÓN EZQUERRO, Teodoro (Ed.) *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*, Editorial Estudios Financieros, segunda edición, Madrid, 2016, 943 págs. ISBN 978-84-454-3259-4

Ubaldo González de Frutos

La equidad en los precios de transferencia después de BEPS

sean “rentas apátridas” (*stateless income*)⁵⁹², y todo ello en un plazo que no debía exceder los dos años. Habiendo transcurrido este plazo, y con los resultados del Proyecto aprobados por la OCDE y el G-20, es el momento de examinar y valorar las reformas, particularmente en lo que toca al estándar internacional de los precios de transferencia, utilizado para distribuir las bases imponibles de las multinacionales y, por ende, instrumento clave en la realización del principio de equidad internacional.

Uno de los resultados más conspicuos del Proyecto BEPS es, desde luego, la reforma de las Directrices de Precios de Transferencia⁵⁹³ (en lo sucesivo, “*las Directrices*”) que tiene el potencial de conseguir una mayor equidad en la distribución de las bases imponibles entre los diversos países donde residan entidades integradas en un grupo multinacional. La reforma ha dado nueva redacción a varios de sus capítulos, tal como se detalla en la tabla.

Tabla 9: Modificaciones introducidas por BEPS en las Directrices de Precios de Transferencia

	Sin modificación	Redactado en 2015	A finalizar en 2017
Prólogo	X		
Glosario	X	X ⁵⁹⁴	
CAP I. El principio de plena competencia			
A Introducción	X		
B Declaración del Principio de Plena Competencia	X		
C Guía para la Aplicación del Pr. de Plena Competencia	X		
D Análisis de comparabilidad		X	
CAP II. Metodología para la determinación de los P. de T.	X		
Adición sobre transacciones con materias primas		X	
Método de la distribución del resultado			X
CAP III. Análisis de Comparabilidad	X		
CAP IV. Procedimientos administrativos destinados a evitar y resolver las controversias en materia de precios de transferencia	X		
CAP V. Documentación		X	
CAPÍTULO VI. Consideraciones específicas aplicables a		X	

⁵⁹² Véase KLEINBARD, Edward. *Stateless Income, Challenge to Tax Policy*. En *Tax Notes*, Parte 1 del artículo, [en línea], 5 de septiembre de 2011, Disponible en <http://www.taxanalysts.com/www/features.nsf/Articles/67BEF665EC348BE985257E1A0062230D?OpenDocument> Parte 2 del artículo [en línea], 12 de noviembre de 2012, disponible en <http://www.taxanalysts.com/www/features.nsf/Features/AFC670629CBB169785257E1B004B24FF?OpenDocument> [Consulta en 3-1-2016]

⁵⁹³ OCDE: *Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias 2010*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid. 2013 DOI: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202191-es>

⁵⁹⁴ Nueva definición para los intangibles de comercialización

los activos intangibles			
Instrucciones relativas a la aplicación de la valoración retroactiva en intangibles de difícil valoración			X ⁵⁹⁵
CAPÍTULO VII. Cuestiones de aplicación específica a los servicios intragrupo		X	
Diseño del umbral para la aplicación del régimen simplificado y electivo por países en desarrollo			X
CAPÍTULO VIII. Acuerdos de reparto de costes		X	
CAPÍTULO IX. Reestructuración de empresas y precios de transferencia			X ⁵⁹⁶

El objetivo del presente capítulo es, por consiguiente, examinar la reforma desde un punto de vista holístico partiendo de los objetivos que la inspiraron para poder valorar los argumentos que sostienen la imposibilidad de una aplicación práctica efectiva que respete los derechos de los países en desarrollo. Además, prestaremos especial atención a los nuevos pasajes de las Directrices que fortalecen la posición de los países en desarrollo, protegiendo sus bases con disposiciones sobre materias primas, economías de ubicación o servicios de bajo valor añadido.

8.2.- GÉNESIS DE LA REFORMA. EL INFORME Y EL PLAN DE ACCIÓN DE BEPS.

En el *Informe BEPS*, los Precios de Transferencia se definen como uno de los principios fundamentales del sistema fiscal internacional aplicable a la imposición de las actividades transfronterizas⁵⁹⁷. Son de hecho una extensión de la jurisdicción tributaria, otro de los principios fundamentales, pues cumplen la función de repartir los beneficios del grupo multinacional entre los diversos países donde opera: en primer lugar se establecen los países o territorios que tienen jurisdicción tributaria (donde residen o tienen un EP las diversas entidades integradas en el grupo multinacional), y después se determina qué parte de los beneficios agregados del grupo van a tributar en cada Estado.

⁵⁹⁵ Guías de implementación, pendientes de desarrollo.

⁵⁹⁶ Como consecuencia de los trabajos en los capítulos I y VI.

⁵⁹⁷ El Informe BEPS define el sistema fiscal internacional como el conjunto normativo, contenido esencialmente en las legislaciones tributarias nacionales, en los convenios de doble imposición y en otros instrumentos de derecho internacional, que disciplina los efectos tributarios de las actividades transfronterizas. OCDE, *Informe BEPS...* Ibídem, pg. 39.

Ubaldo González de Frutos

La equidad en los precios de transferencia después de BEPS

Los trabajos del Proyecto BEPS parten como premisa de la vigencia del principio de plena competencia⁵⁹⁸ y de su corolario contable, el principio de entidad separada⁵⁹⁹. Como es sabido, el principio de plena competencia procura una distribución de beneficios como la que se daría si las partes vinculadas fueran en realidad entidades independientes actuando en condiciones normales de mercado. En esencia, partiendo de la base de que en las operaciones entre entidades independientes la remuneración retribuye tres parámetros básicos de la actividad económica: las funciones desempeñadas por cada una de las partes, la cantidad o el valor de los activos utilizados, y los riesgos asumidos; a la hora de determinar la posible comparación de las operaciones vinculadas con las de mercado, las *Directrices* ordenan atender a los mismos tres criterios de funciones, activos y riesgos. Para poder aplicar este sistema, por consiguiente, un requisito previo será conducir un análisis funcional para asegurarse de que las características pertinentes de las situaciones que se comparan sean suficientemente comparables desde un punto de vista económico en cuanto a las actividades realizadas, los activos utilizados y las responsabilidades y los riesgos asumidos por las partes.

Ahora bien, pese a su universal aceptación por los gobiernos, el principio de plena competencia no está libre de críticas. En primer lugar, argumentan sus detractores⁶⁰⁰, no resulta tan sencillo determinar cuál sería el precio que hubieran acordado entidades independientes, y de esta complejidad se prevalecen algunas multinacionales para llevar el agua a su molino aplicando interpretaciones forzadas del principio de libre competencia, como la primacía de los contratos sobre las relaciones económicas subyacentes. Otras críticas⁶⁰¹ se refieren a cuestiones más fundamentales, como que las operaciones entre entidades integradas en un grupo multinacional no pueden compararse a las de mercado porque son esencialmente distintas, sobre todo en el

⁵⁹⁸ Consagrado en los artículos 7 y 9 de los modelos de convenios fiscales de la OCDE y las Naciones Unidas, en la legislación nacional de la mayoría de los países y en la práctica totalidad de los convenios de doble imposición

⁵⁹⁹ “Existe un consenso entre los gobiernos en que pasar a un sistema de prorrateo de los beneficios de acuerdo con una fórmula no es una alternativa viable; tampoco está claro que los cambios de comportamiento que puedan adoptar las empresas como respuesta al uso de una fórmula conduzcan a decisiones de inversión que sean más eficientes y neutrales en términos de imposición que el sistema actual de seguir el principio de entidad separada”. OCDE. *Plan de Acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*. París, OECD, 2013, pg. 16. (El subrayado es nuestro).

⁶⁰⁰ Véase por ejemplo AVI-YONAH, Reuven, CLAUSING, Kimberly y DURST, Michael: Allocating Business Profits for Tax Purposes: A Proposal to Adopt a Formulary Profit Split. En *Florida Tax Review*, 9, n. 5. 2009. Pgs. 497-553 [disponible en <http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1773&context=articles>, Consulta 16 enero 2016]

⁶⁰¹ PICCIOTTO, Sol: Is the International Tax System Fit for Purpose, Especially for Developing Countries? International Center for Tax and Development. Working Paper 13.

Ubaldo González de Frutos

La equidad en los precios de transferencia después de BEPS

contexto actual de las cadenas mundiales de creación de valor, en cuyo seno las sinergias intragrupo confieren a las operaciones vinculadas su verdadera naturaleza, e incluso se ha llegado a decir que la manipulación de los precios de transferencia es la verdadera razón de ser de las multinacionales⁶⁰². Estos críticos han propuesto la adopción de sistemas alternativos, especialmente el de la distribución de los beneficios en base a una fórmula, de donde toma el nombre de “distribución formularia”, metodología denominada también “imposición unitaria” por tomar al grupo multinacional como sujeto relevante fiscalmente. Sobre este asunto volveremos en el Capítulo 10. Baste por ahora presumir, con la explicación oficial de la OCDE⁶⁰³, que ni el método unitario o formulario parece tener una superioridad técnica respecto del principio de plena concurrencia, ni que su aplicación práctica estaría exenta de dificultades y constatar que la totalidad de los gobiernos prefieren el principio de plena concurrencia a la imposición unitaria.

Dejando, pues, aplazada esta discusión, la primera y seguramente más importante conclusión del Proyecto BEPS es que el principio de plena competencia sale reforzado⁶⁰⁴. Las ONGs y los autores críticos con el mismo no han conseguido romper la unanimidad de los países a la hora de preferir los precios de transferencia por encima de la fórmula predeterminada de reparto y, por consiguiente, ve revalidada su vigencia. Ahora bien, el propio *Plan de Acción* reconocía que el principio de plena competencia podría no ser suficiente en todas las circunstancias, y que podrían precisarse algunas medidas especiales, incluso fuera de dicho principio, para hacer frente a las deficiencias en materia de activos intangibles, riesgo y exceso de capitalización⁶⁰⁵. Pese a todo, finalmente todas las medidas presentadas en el informe de 2015 respetan escrupulosamente el principio de plena competencia⁶⁰⁶, y el *Plan de Acción de BEPS* ha

⁶⁰² Véase la referencia a bibliografía complementaria en Nota 2 de AVI–YONAH, Ruben: The Rise and Fall of Arm’s Length: A study in the Evolution of U.S. International Taxation. En *University of Michigan Law School, Research Paper* 73, 2007. [en línea] http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1074&context=law_econ_archive [Consulta 24 enero 2016].

⁶⁰³ Véanse los párrafos 1.16 a 1.32 de las *Directrices*

⁶⁰⁴ *Al mismo tiempo, existe un consenso entre los gobiernos en que pasar a un sistema de prorrateo de los beneficios de acuerdo con una fórmula no es una alternativa viable* (OCDE, Plan de Acción, 2013, *Íbid.* pg. 16)

⁶⁰⁵ OCDE, Plan de Acción, 2013, *Íbid.* pg. 23.

⁶⁰⁶ No es evidente a qué fenómeno o a qué pasaje(s) de las *Directrices* aludía el *Plan de Acción* cuando previó acudir a “recursos fuera del principio de plena competencia”. Algunas propuestas académicas sugirieron la introducción de la fórmula de distribución de beneficios para dividir el beneficio resultante en el método de división de beneficios (AVI–YONAH, Reuven: Splitting the Unsplittable: Toward a Formulary Approach to Allocating Residuals Under Profit Split. En *University of Michigan Law School, Research Paper* 378). La discusión de medidas especiales contempló una serie de

Ubaldo González de Frutos

La equidad en los precios de transferencia después de BEPS

alcanzado todas sus metas sin necesidad de adoptar medidas especiales fuera del hasta ahora sacrosanto principio. En gran medida, el mantenimiento del consenso internacional dependerá de la efectividad de la reforma de las Directrices. Es el momento, por consiguiente, de abordar las cuestiones de fondo que BEPS quería resolver.

El problema fundamental de BEPS es la práctica de utilizar los precios en operaciones intragrupo para deslocalizar los beneficios a partir desde territorios de alta fiscalidad hacia otros de baja o nula tributación. Por ello, el *Informe BEPS* incluye a los precios de transferencia entre los ámbitos de la fiscalidad internacional sometidos a una mayor presión⁶⁰⁷. De un modo más específico, las preocupaciones subyacentes al *Informe* eran la transferencia meramente contractual de riesgos entre entidades del grupo y las exportaciones de activos intangibles a entidades del grupo residentes en territorios de baja fiscalidad⁶⁰⁸, así como la realización entre partes vinculadas de operaciones inusitadas entre entidades independientes.

Los precios de transferencia eran un elemento clave en el *Informe*, y por eso no ha de extrañarnos la notoria relevancia que adquirieron en el seno de su *Plan de Acción*, que habría de ocuparse de ellos como objeto exclusivo de cuatro de las 15 Acciones de BEPS (Acciones 8, 9, 10 y 13), además de que otras también incidieron en la materia, si bien dentro del contexto más específico de cada acción. Es el caso de la Acción 4⁶⁰⁹, que al ocuparse de los aspectos de la planificación fiscal por medio de intereses abraza los aspectos relativos a los precios de transferencia en las operaciones financieras intragrupo, regulación que se desarrollará a lo largo de 2016; la Acción 5, que instaura un sistema de notificación automática de *rulings* cuando éstos se refieran, entre otras materias, a precios de transferencia⁶¹⁰; y la 14, que tiene por objeto

opciones que finalmente fueron descartadas (véase el borrador para información pública *Beps Actions 8, 9 And 10: Discussion Draft On Revisions To Chapter I Of The Transfer Pricing Guidelines (Including Risk, Recharacterisation, And Special Measures)* [en línea] <http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/discussion-draft-actions-8-9-10-chapter-1-TP-Guidelines-risk-recharacterisation-special-measures.pdf>). En cualquier caso, finalmente, no fue sido preciso acudir a medidas especiales para la determinación de los precios de transferencia al margen del principio de plena competencia.

⁶⁰⁷ Ibidem, pgs. 8 y 58.

⁶⁰⁸ El *Informe BEPS* utiliza un concepto genérico de países o territorios de baja tributación sin un significado técnico específico, abarcando por tanto paraísos fiscales, centros financieros o cualquier tipo de jurisdicción que resulte atractiva por razón de su reducida fiscalidad.

⁶⁰⁹ OCDE. *Limiting Base Erosion involving Interest Deductions and Other Financial Payments. Action 4, 2015 Final report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015, 114 pgs. ISBN 978-92-64-24116-9

⁶¹⁰ OCDE. *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, taking Into Account Transparency and Substance. Action 5, 2015 Final report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015, 79 pgs. ISBN 978-92-64-24118-3

Ubaldo González de Frutos

La equidad en los precios de transferencia después de BEPS

mejorar la eficacia de los mecanismos de resolución de controversias tributarias, con especial atención a los procedimientos amistosos.

Todos los abusos del principio de plena competencia que daban lugar al traslado de beneficios tenían un denominador común: el respeto formal a las reglas de juego. Ciertamente, el principio de plena competencia gira sobre la premisa de que cuanto más importantes sean las funciones, los activos y los riesgos de cada una de las partes en la transacción, mayor será la remuneración esperada. Pues bien, si la conceptualización de los mecanismos de creación de valor en estos tres parámetros universales representó un importante hallazgo desde el punto de vista analítico, brindando una guía para el análisis forense de las operaciones empresariales y facilitando la aplicación técnica de la legislación, no es menos cierto que también produjo el efecto, menos deseable, de ofrecer una guía a los planificadores para orientar los procesos de deslocalización de rentas de un modo consecuente con las normas. De esta manera, las fórmulas de planificación que se han consolidado, como la exportación de intangibles o la atribución del riesgo a entidades del grupo en territorios fiscalmente privilegiados, han sido eficaces ya que se apoyan sobre el mismo mantra de funciones, activos y riesgos. Algunos elementos de la creación de valor son más difíciles de deslocalizar. Es el caso de la prestación de servicios, sobre todo si entraña contacto directo con clientes, o los activos fijos, pues el coste de reubicarlos puede ser demasiado alto. En cambio, el riesgo puede atribuirse contractualmente a cualquier miembro del grupo sin apenas costo alguno, y la mayoría de los derechos inmateriales pueden, por su propia índole, ser objeto de actos jurídicos entre empresas del grupo. Pero estas operaciones resultan finalmente artificiosas y muchos de los casos problemáticos entrañan, en el caso de riesgos, una transferencia sólo contractual y, en el caso de intangibles, una transferencia entidades sin la capacidad para explotar y mantener el valor del intangible.

Por consiguiente, la brillante elaboración conceptual de “funciones, activos y riesgos” ofreció también un camino expedito a los planificadores, que no tenían más que desplazar las funciones, los activos y/o los riesgos allá donde su gravamen fuese más favorable. Esto no sería especialmente problemático si se produjese una verdadera reestructuración del grupo, pero sí lo es cuando las operaciones son meramente aparentes. Una consecuencia de la multiplicación de operaciones de traslado de rentas mediante deslocalización de intangibles o redistribución contractual de riesgos ha sido el creciente número de regularizaciones por parte de las autoridades fiscales, especialmente en casos en que la finalidad elusiva de las operaciones resulta demasiado evidente. Ahora bien, a la hora de regularizar las situaciones, las Haciendas

Ubaldo González de Frutos

La equidad en los precios de transferencia después de BEPS

se han topado con la dificultad de que las *Directrices* eran muy escuetas en cuanto a los remedios para regularizar estas operaciones. De aquí que el *Plan de Acción* haya resuelto corregirlas, evitando así la creación de apariencias fiscales que a veces se compadecen muy mal con las realidades económicas subyacentes.

La aplicación de esquemas de planificación como los descritos ha resultado en situaciones de súper-capitalización de entidades específicas en cada grupo, provistas de una importante cuantía de capital pero con escasa actividad empresarial, lo que les ha granjeado el apelativo de *cash boxes*. La atribución de beneficios a estas entidades, residentes en territorios de conveniencia, ha sido posible porque las normas sobre atribución de riesgos y titularidad de activos anteriores a 2015 se aplicaban individualmente a cada una de las entidades del grupo, lo que facilitaba la planificación fiscal basada en el *risk stripping*⁶¹¹, operaciones de reestructuración que buscan la atribución de los riesgos a determinados miembros del grupo. Antes de BEPS, se carecía de recursos analíticos para desmentir la apariencia creada *ex contractu*, con la única excepción quizá de la posibilidad de ignorar completamente (*disregard*) las operaciones, pero esta norma era difícil de aplicar porque no había ninguna orientación sobre las circunstancias que pueden llevar a ignorar operaciones *prima facie* legalmente válidas. Ocurría lo mismo con la titularidad electiva de los activos intangibles: ¿cómo llegar a la conclusión de que quien afirma ser el titular legítimo de la propiedad inmaterial, y presenta los títulos de propiedad, no tiene derecho a recibir los cánones derivados de su utilización? En la medida en que la reforma de 2015 dé una respuesta satisfactoria a estas preguntas desde la propia normativa de precios de transferencia, podremos afirmar que la reforma habrá sido eficaz. El desafío para el Grupo de Trabajo 6 del Comité de Asuntos Fiscales era determinar las circunstancias en que estos mecanismos causan una erosión ilegítima de la base imponible, así como los principios a aplicar para rectificar las carencias de las herramientas analíticas.

La principal aportación de la reforma de 2015 es que las Haciendas no vendrán obligadas a admitir sin más las distribuciones contractuales de riesgos y que el titular nominal de los intangibles no tendrá derecho a cobrar cánones en todos los casos. Las nuevas *Directrices*

⁶¹¹ Literalmente, “despojo de riesgos”. En estas operaciones se reestructuran las relaciones jurídicas entre las empresas del grupo, si bien con mínimos cambios en la cadena logística, y así el fabricante que antes era dueño de las materias primas y de los productos acabados pasa a ser un fabricante por encargo; un distribuidor que antes asumía los riesgos de inventario, insolvencia, crédito, cambiario, etc., pasa a ser un mero comisionista de venta, corriendo todos los riesgos de cuenta del mandante, las actividades de I+D se contratan bajo pedido, o bien se aseguran los bienes o derechos por miembros del grupo, llamados entidades de seguros cautivas.

Ubaldo González de Frutos

La equidad en los precios de transferencia después de BEPS

contienen, en efecto, abundante material para establecer una distribución de rentas más consecuente con la creación de valor, atendiendo a los fundamentos económicos que deberían concurrir para que se respete la distribución contractual del riesgo, especialmente en lo que respecta a la capacidad de los dirigentes para controlar el riesgo y a la capacidad financiera de la entidad para soportarlo.

8.3.- EVOLUCIÓN, NO REVOLUCIÓN

En materia de precios de transferencia, el *Plan de Acción* ha de considerarse continuista con los trabajos anteriores de la OCDE. No sólo se sitúa decididamente en el principio de libre competencia, sino que proyecta una serie de iniciativas que la OCDE tenía ya en curso⁶¹². En el caso de los precios de transferencia los proyectos precedentes subsumidos en la reforma son:

- las operaciones intragrupo con intangibles⁶¹³. La culminación de estos trabajos en curso en 2015 vino a mejorar la definición de los intangibles a efectos fiscales, a precisar las normas relativas a la utilización y transferencia de estos activos dentro del grupo, así como las circunstancias económicas que deberían concurrir en las situaciones contractuales creadas por los contribuyentes para que puedan considerarse legítimas. El objetivo de la reforma no era otro que paliar los problemas de la deslocalización de los activos intangibles, una estructura de planificación muy común⁶¹⁴: las multinacionales desarrollan los intangibles en países avanzados, donde están el capital humano y las redes de conocimiento para llevarlos a cabo, se aprovechan de la deducción fiscal de los gastos necesarios para su obtención, y frecuentemente también de los incentivos

⁶¹² Como explica el *Informe BEPS*. “Aportar mejoras y aclaraciones a las normas sobre precios de transferencia a fin de resolver problemas concretos en las normas vigentes que producen efectos indeseables desde un punto de vista normativo. La labor actual relativa a los bienes intangibles, materia que suscita gran preocupación, podría integrarse en una reflexión más amplia acerca de las normas sobre precios de transferencia”. OCDE Informe BEPS, 2013, Íbidem, pg. 13.

⁶¹³ Véase la página 6 de las *Directrices*.

⁶¹⁴ El *Informe BEPS* (Íbidem, pg. 77) se remite a un estudio que demuestra los vínculos existentes entre las operaciones intragrupo con intangibles para el traslado de beneficios y la elección de un emplazamiento geográfico favorable, utilizando datos de matrices estadounidenses y sus filiales (Grubert, H., *Intangible Income, Intercompany Transactions, Income Shifting, and the Choice of Location*, National Tax Journal, Vol. 56, No. 1, Part 2, marzo de 2003, págs. 221 a 242). El estudio demuestra que las rentas derivadas de los intangibles representan aproximadamente la mitad de los beneficios trasladados desde países de tributación elevada, que las filiales con un alto coeficiente de I+D registran un mayor volumen de operaciones intragrupo, lo que significa una mayor probabilidad de traslado de beneficios, y que las filiales de países con tipos impositivos muy elevados o muy reducidos tienen una fuerte propensión a trasladar los beneficios o a repatriarlos, registrando también un volumen de operaciones intragrupo mucho mayor.

fiscales por I+D+I, para después, cuando el intangible en curso ofrece expectativas de rentabilidad económica, cederlo a otra entidad del grupo residente en una jurisdicción de tributación más favorable mediante un acuerdo de contribución a costes. De esta forma, los intangibles salen del país en un momento en que no es fácil para las Haciendas asignarles un alto valor de mercado. Las consecuencias fiscales son doblemente negativas, porque habría una plusvalía latente⁶¹⁵ que no va a tributar en el país donde se ha producido, y existirán unos cánones que van a afluir a otra entidad del grupo, localizada en territorios fiscales más favorables, siendo la tributación final del grupo multinacional más baja en su conjunto⁶¹⁶.

- Medidas de simplificación. Para lograr el objetivo de la simplificación, el *Plan de Acción* se hace eco de otro proyecto que estaba en curso destinado a hacer más sencilla y menos controvertida la aplicación de los precios de transferencia. El *Plan* lo persigue por varias avenidas. En primer lugar, mediante el régimen simplificado y electivo aplicable a los servicios intragrupo de bajo valor añadido, que va a evitar la carga indirecta de realizar los estudios de comparabilidad para este tipo de servicios. En segundo lugar, en virtud de la Acción 13 se simplifican y armonizan las obligaciones documentales de precios de transferencia en general, adoptando la fórmula de *fichero maestro* y *fichero local* que, promovido por el Foro de Precios de Transferencia de la Unión Europea, se aplica en Europa desde 2006 en virtud del Código de Conducta sobre la Documentación de los Precios de Transferencia. Finalmente, se potencia la simplificación mediante la aplicación de regímenes simplificados de determinación de los precios de libre competencia (reglas de *safe harbour*⁶¹⁷), para evitar el alto coste y la incertidumbre jurídica inherentes a la documentación sobre precios en situaciones donde existe un buen fundamento para sostener que la aplicación de las reglas de precios de transferencia no será controvertida.

⁶¹⁵ Las normas contables relativas a intangibles, constituidas fundamentalmente por la NIC 38, prohíben en general el reconocimiento en el balance de los activos intangibles desarrollados por la propia empresa. La única excepción sería la de los proyectos de I+D cuando tengan expectativas fundadas de éxito, pero aun en este caso, la valoración del intangible se haría al coste. Por consiguiente, cuando se enajena un intangible por cualquier importe superior a los costes de producción, existirá una plusvalía.

⁶¹⁶ Un ejemplo más detallado de esta estructura, añadiéndole la transferencia de las actividades de fabricación en combinación con la transferencia de activos intangibles conexos en virtud de un acuerdo de contribución a costes, se encuentra en el Anexo C del *Informe BEPS* (Íbid, pgs. 91-94)

⁶¹⁷ La denominación “safe harbour” (literalmente “puerto seguro”) alude a los diversos regímenes simplificados que garantizan que no existirá responsabilidad tributaria en tanto que se cumplan los requisitos del régimen.

- Otros trabajos precedentes estudiaban la oportunidad de adoptar el Informe País por País, una demanda ya clásica de las organizaciones no gubernamentales nacida a partir de la Iniciativa de Transparencia de la Industria Extractiva. El *Plan de Acción*, dando carta de naturaleza en el seno de los precios de transferencia al Informe País por País, no llega a satisfacer la demanda de las ONGs, que reclaman para este documento la naturaleza de estado contable como veremos en el capítulo 9, y por tanto de carácter público, pero sí logran que las administraciones tributarias puedan evaluar mejor los riesgos del incumplimiento tributario en el seno del grupo.

Para terminar de comprender la reforma de 2015, finalmente, hay que recordar que las reformas más recientes de las *Directrices* se habían ocupado de las reestructuraciones empresariales, y que con motivo de dichas reorganizaciones se habían ya examinado de forma intensa los problemas inherentes a la distribución del riesgo. También son reformas relativamente recientes la de los métodos de determinación basados en los beneficios, que introdujo la regla del método más apropiado, arrumbando la hasta entonces vigente jerarquía de métodos. Un trabajo relativamente reciente también es el de la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes, que así se consolida también por las reformas de BEPS.

Para los efectos de nuestro estudio, no podemos perder de vista que las reformas introducidas por las 15 acciones de BEPS se dirigen a paliar los problemas de la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios⁶¹⁸. Por consiguiente, la mayor equidad entre naciones viene dada por las nuevas *Directrices*, pero también por las medidas para prevenir el abuso de tratados, las recomendaciones sobre híbridos, CFCs, intereses, etc.

8.4.- LAS REFORMAS SUSTANTIVAS: LAS ACCIONES 8, 9 Y 10

La parte sustantiva de la reforma de los precios de transferencia en el Plan de Acción de BEPS se encamina, pues, a asegurar que los resultados de los precios de transferencia estén en línea con la creación de valor, y comprende tres acciones: la 8 –Intangibles–, la 9 –Riesgos y Capital–, y la 10 –Otras Transacciones de Alto Riesgo–. A la conclusión del Proyecto, sin embargo,

⁶¹⁸ OCDE. *Informe BEPS*, 2013, *Íbidem*, pg. 10

Ubaldo González de Frutos

La equidad en los precios de transferencia después de BEPS

resultó difícil mantener estancos los trabajos de estas acciones, y el resultado final de las tres ha sido un informe único⁶¹⁹. A pesar de ello, conceptualmente es posible examinarlas por separado.

La Acción 8 –Intangibles–, se dedicó a las cuestiones que surgen en la transferencia de activos intangibles entre partes vinculadas, por ser activos fácilmente deslocalizables y con frecuencia difíciles de valorar, lo que los hacía ideales para el trasvase de beneficios (*profit shifting*). Para prevenir este resultado se han desarrollado reglas nuevas más detalladas, comenzando por una definición de intangibles amplia y clara, e introduciendo medidas para asegurar que los beneficios derivados de la transferencia y uso de estos elementos estén alineados con el lugar donde se produce la creación de valor. Un aspecto que mereció especial atención son los intangibles de difícil valoración, para los cuales la novedad es haber articulado un mecanismo de ajuste *a posteriori* para solucionar los problemas causados por la asimetría de la información entre el contribuyente y la Administración. También se ha actualizado el Capítulo VIII con una regulación puesta al día de los acuerdos de reparto de costes, que son el vehículo normalmente empleado para transferir los intangibles.

Por su parte, la Acción 9 –Riesgos y Capital– se ocupó de los procesos de atribución contractual del riesgo, partiendo de la premisa de que sólo habrían de respetarse los términos contractuales pactados entre las partes cuando dichas atribuciones se correspondan efectivamente con la toma de decisiones y, por ende, con el ejercicio de un control efectivo sobre los mismos. En consecuencia, se han desarrollado reglas para evitar que se atribuya el derecho a los resultados de la actividad empresarial del grupo una entidad determinada, únicamente en función de acuerdos contractuales *ad hoc* o de haber aportado capital. Las normas que se han desarrollado buscan, de nuevo, alinear las bases imponibles con la creación de valor, y se han coordinado con el trabajo de la Acción 4 sobre deducciones de gastos por intereses y otros gastos financieros.

La Acción 10 –Otras Transacciones de Alto Riesgo– se concentró en la atribución de beneficios resultante de operaciones vinculadas que carecen de otra lógica empresarial que el ahorro de impuestos, y que no se darían, o lo harían muy excepcionalmente, entre sujetos independientes. También se consagró a prevenir el uso selectivo por parte del contribuyente del método de determinación de los precios de transferencia que le permita deslocalizar los beneficios en las actividades económicamente más importantes del grupo multinacional. Finalmente, se ocupó de

⁶¹⁹ OCDE. *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10, 2015 Final reports, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, OECD Publishing, Paris, 2015, 186 pgs. ISBN978-92-64-24123

Ubaldo González de Frutos

La equidad en los precios de transferencia después de BEPS

los requisitos que han de concurrir para que se acepten como válidos ciertos tipos de pagos por servicios de escaso valor añadido entre miembros del grupo multinacional, como los gastos de gestión imputados por la matriz o la repercusión de gastos por la sede principal, los cuales erosionan la base imponible sin que aparentemente exista una correspondencia clara con la creación de valor. En conjunto, esta acción ha resultado en una normativa para encontrar la verdadera naturaleza de las operaciones, lo que las nuevas *Directrices* han dado en llamar la “delineación de las transacciones”. También se clarificará, en 2016-17, la aplicación de los métodos de precios de transferencia en el contexto de las cadenas mundiales de creación de valor, en particular, el de la división de beneficios.

En conjunto, el informe combinado de las tres Acciones contiene la respuesta a todas estas cuestiones, garantizando que las normas de precios de transferencia ofrezcan resultados que ubiquen los beneficios operativos, y por ende las bases imponibles, de manera consecuente con los lugares donde se desarrollan las actividades económicas que los generan. El informe contiene igualmente directrices sobre las transacciones transfronterizas de materias primas, un problema introducido a posteriori en el proyecto BEPS por los países en desarrollo a través del Grupo de Desarrollo del G20⁶²⁰. Otras cuestiones de importancia fundamental para los países en vías de desarrollo serán objeto de trabajos adicionales para desarrollar un conocimiento suficiente, mejores prácticas y nuevas herramientas de análisis y aplicación (denominadas en inglés “*toolkits*”), de suerte que los países menos favorecidos puedan aplicar eficazmente las nuevas reglas y valorar adecuadamente las transacciones de materias primas o prevenir la erosión de bases por servicios inexistentes o innecesarios para las filiales.

8.4.1.- LA DELINEACIÓN EXACTA DE LAS OPERACIONES

Este novedoso concepto, introducido en la Sección D.1 del Capítulo I de las *Directrices*, ofrece recursos analíticos para que las autoridades fiscales examinen con detenimiento la operación real a partir de los contratos firmados entre las partes, contrastándolas con la conducta de las partes y el resto de atributos económicos fundamentales de la operación, para aclarar y complementar las condiciones formales reconocidas en los contratos. En caso de discrepancia, se estará a lo que indique la conducta de las partes, de suerte que se complementará el contrato o

⁶²⁰ OCDE: *Part 1 of a report to G20 Development Working Group on the impact of BEPS in low income countries* [en línea], 2014 <http://www.oecd.org/tax/tax-global/part-1-of-report-to-g20-dwg-on-the-impact-of-beps-in-low-income-countries.pdf> [consulta 25 de enero de 2016]

Ubaldo González de Frutos

La equidad en los precios de transferencia después de BEPS

bien se reemplazarán sus términos por otros que sean compatibles con la conducta realmente observada por las partes, aunque ello suponga modificar las situaciones contractuales existentes.

Es decir, las *Directrices* vienen a aclarar que no es necesario adherirse al formalismo de los contratos, sino que la Administración debe cohonestar las cláusulas contractuales con la conducta observada por las partes, prevaleciendo ésta en caso de discrepancia. Para ello, las *Directrices* ofrecen las herramientas para llevar a cabo un ejercicio forense de disección de las circunstancias económicas y fácticas para atender a la verdadera naturaleza de las mismas. Se trata con ello de evitar, por ejemplo, que la mera titularidad jurídica de los intangibles genere automáticamente el derecho a percibir los rendimientos derivados de su explotación comercial o industrial, o bien que se produzca un traslado de beneficios por medio de la transferencia de riesgos entre miembros del grupo por acuerdos contractuales o por la asignación excesiva de capital. Más específicamente, la Acción 9 ordenaba clarificar las circunstancias en las que se pueden recalificar las transacciones cuando se produce un traslado de beneficios por medio de transacciones que no ocurrirían, o que lo harían muy esporádicamente, entre terceros independientes.

Antes de 2015, el formalismo contractual ofrecía una situación demasiado ventajosa a los contribuyentes, pues podían hacer prevalecer acuerdos contractuales manifiestamente separados de la realidad económica subyacente. Ahora, el ejercicio de “delineación precisa” de las operaciones que encomiendan las *Directrices* permite que los rendimientos se atribuyan a las entidades del grupo que desarrollen las funciones esenciales, aporten la mayor parte de los activos y tengan la capacidad para controlar los riesgos más importantes desde un punto de vista económico, en definitiva, alinear los beneficios con la creación de valor. Los antiguos párrafos 1.33 a 1.63 de la Sección D.1 se transforman en los nuevos 1.33 a 1.118, con lo cual se alarga también notablemente esta sección del Capítulo II.

La identificación de las relaciones comerciales y financieras con precisión de la sección D.1 lleva en la sección D.2 al “*Reconocimiento de la transacción delineada con precisión*”, que permitirá delinear la verdadera relación deducida del análisis realizado de acuerdo con la Sección D.1 (párrafo 1.119 de las nuevas *Directrices*⁶²¹) e incluso, bajo ciertas circunstancias, ignorar la operación. Antes de 2015, esta Sección D.2 ordenaba que la Administración partiera

⁶²¹ La referencia a párrafos concretos se hará en todo caso a las *Directrices* actualizadas tras la revisión de 2015. Por excepción, cuando se haga referencia a redacciones derogadas, se indicará expresamente.

Ubaldo González de Frutos

La equidad en los precios de transferencia después de BEPS

siempre de las operaciones tal como las habían estructurado los contribuyentes y, salvo en casos excepcionales, la Inspección no estaba autorizada a ignorar las operaciones realizadas por los mismos ni a sustituirlas por otras, pues ello “*constituiría un ejercicio arbitrario y podría producir doble imposición si la administración de la contraparte no aceptara la recalificación de las operaciones*” (antiguo párrafo 1.64). Ahora, cuando la transacción entre empresas vinculadas carezca de racionalidad económica, el párrafo 1.122 de las *Directrices* permite ignorar completamente (*disregard*) o dejar de reconocer (*non recognise*) las operaciones instrumentadas entre las partes. Ahora bien, dado que esta operación va a ser siempre controvertida, se caracteriza como de último recurso, siendo necesario previamente hacer lo posible para determinar la verdadera naturaleza de la operación. Así, por ejemplo, en ningún caso se puede pasar a ignorar la operación simplemente porque no existan precios comparables. Tampoco se puede ignorar cuando se puede documentar que la misma operación se produce entre partes independientes en circunstancias comparables, es decir, cuando todas las características económicamente relevantes sean las mismas, salvo por el hecho de que las partes son empresas vinculadas. Otro límite a tener en cuenta por las administraciones tributarias a la hora de tomar la decisión de ignorar las transacciones es que la atipicidad no es un criterio suficiente. En efecto, no olvidan las *Directrices* que estamos frente a transacciones realizadas siempre entre partes vinculadas, y en consecuencia las transacciones que se realicen pueden ser muy diferentes de las que acordarían terceros independientes. Lo que importa no es que sea relativamente atípica o no, sino si la operación, tal como se ha delineado con referencia a los hechos y circunstancias, tiene la lógica económica que se observaría en acuerdos celebrados entre partes independientes en circunstancias económicas comparables.

Pese a estas limitaciones, las nuevas *Directrices* están más abiertas a soluciones tajantes. Un indicador importante, pero no determinante, para poder ignorar las operaciones es si la posición del grupo en su conjunto resulta peor una vez excluidas las consideraciones fiscales, lo que podría indicar que la operación considerada en su totalidad carece de la lógica comercial propia de los acuerdos entre partes independientes.

En suma, según las nuevas *Directrices* la titularidad de activos intangibles o la distribución contractual de riesgos únicamente se respetarán cuando estén respaldadas por las decisiones tomadas en la práctica empresarial. Bajo las nuevas normas, las *cash boxes* pueden todavía aportar capital para financiar las actividades de otros miembros del grupo, pero en aplicación del principio de plena competencia, cuando el financiador no gestione los riesgos, el

Ubaldo González de Frutos

La equidad en los precios de transferencia después de BEPS

rendimiento que le corresponderá será simplemente la retribución ordinaria de los fondos aportados, y las entidades que sean meramente *cash boxes*, sin actividad sustancial distinta de la provisión de fondos, no van a generar el derecho a los rendimientos incrementados que tendría un financiador que asumiera riesgos. Para asumir un riesgo a efectos de precios de transferencia, la empresa asociada tiene que controlar el riesgo y tener la capacidad financiera para asumirlo, y esto no sería posible en una *cash box* típica.

La diferencia fundamental de las *Directrices* de 2015 en este punto es comenzar el análisis de precios de transferencia a partir no ya de la apariencia creada por las partes, sino de la delineación exacta de lo que las empresas asociadas realmente aportan a la transacción, mirando con lupa la asunción de riesgos *ex contractu* cuando el titular del riesgo ni lo controla ni tiene la capacidad financiera para asumirlo. Para realizar la delineación de las operaciones, el párrafo 1.36 fija una serie de criterios de comparabilidad:

- Los términos contractuales de la operación.
- Las funciones desempeñadas por cada una de las partes, teniendo en cuenta los activos empleados y los riesgos asumidos. Las funciones desempeñadas se examinan en el contexto de la generación de valor por parte del grupo multinacional en su conjunto y, más allá, en el contexto del sector a que pertenezcan.
- La propia operación: las características de los bienes transferidos o de los servicios prestados.
- Las circunstancias económicas de las partes y del mercado en el que operen.
- Las estrategias empresariales puestas en práctica por las partes.

Las respectivas subdivisiones de la Sección D del Capítulo 1 detallan cada uno de esos criterios de comparabilidad, ilustrando los razonamientos, como es habitual en las *Directrices*, con ejemplos clarificadores. Uno de los pasajes más novedosos y prolijos es el que se dedica a las herramientas analíticas para considerar los riesgos. Como tiene una importancia sustantiva dentro de las estrategias para combatir el trasvase de beneficios, nos ocuparemos del riesgo en el epígrafe siguiente.

Las *Directrices* garantizan, asimismo, que el análisis de los precios de transferencia no se vea afectado por asimetrías de información entre la administración tributaria y el contribuyente en lo que respecta a intangibles de difícil valoración, o bien por la remisión a acuerdos contractuales

Ubaldo González de Frutos

La equidad en los precios de transferencia después de BEPS

especiales, tales como los acuerdos de reparto de costes (ARC). De estos elementos nos ocupamos también por separado.

8.4.2.- RIESGOS

El riesgo se define como el efecto de la incertidumbre en la consecución de los objetivos del negocio (párrafo 1.71)⁶²². Es consustancial a la actividad económica y existe en cada medida adoptada para explotar las oportunidades. En el mercado libre, las empresas esperan obtener rendimientos positivos que compensen los riesgos asumidos, y esta noción económica, que establece una correlación positiva en virtud de la cual cuanto mayor sea el riesgo asumido mayor será la rentabilidad esperada, está en el origen de las estrategias de planificación fiscal tipo *risk stripping* o de reasignación contractual de riesgos. Para dar respuesta a este problema, las nuevas *Directrices* determinan que los riesgos asumidos contractualmente por una parte que no tenga la capacidad práctica de ejercer un control específico y significativo sobre los mismos, o que carezca de capacidad financiera para asumir sus efectos, serán atribuidos a la parte que ejerza efectivamente dicho control y que disponga de la capacidad financiera suficiente para asumir los riesgos en cuestión.

Así pues, las nuevas *Directrices* detallan las normas para la identificación de riesgos específicos y para la evaluación de su impacto, proporcionando un marco analítico útil para determinar qué empresa asociada asume el riesgo a efectos de los precios de transferencia, en lo que constituye una de las novedades más sustanciosas de la reforma. Antes de 2015 las herramientas analíticas para considerar los riesgos se contenían en seis párrafos, del 1.45 al 1.50. Hoy esta parte ha crecido hasta ocupar cincuenta y uno⁶²³, del 1.56 al 1.106, incluyendo un procedimiento de aplicación en 6 pasos, contenido en el párrafo 1.60, que se resume de la siguiente manera:

1. Identificar, de forma específica, aquellos riesgos que sean económicamente significativos.

⁶²² El párrafo 1.72 contiene una clasificación de riesgos que expande la contenida anteriormente en el párrafo 1.46. Se reconocen 5 clases de riesgo, clasificadas por su origen

- a) Riesgos estratégicos o riesgos de mercado.
- b) Riesgos de infraestructura u operativos.
- c) Riesgos financieros.
- d) Riesgos relativos a las transacciones (insolvencia, cambios de precios...)
- e) Riesgos por accidentes.

⁶²³ Aunque esto no significa que el riesgo sea más importante en la función de creación de valor que las funciones ejercidas o que los activos empleados. Esta aclaración se hace de forma específica en el párrafo 1.59.

2. Determinar cómo se asumen contractualmente.
3. Determinar, por medio de un análisis funcional, cuál es la conducta de las partes, qué empresa controla y mitiga los riesgos, cuál es la que sufre las consecuencias positivas o negativas de la ocurrencia de los mismos, y cuál tiene la capacidad financiera para asumirlo.
4. Determinar si la asignación contractual del riesgo es coherente con la conducta de las partes, en particular, si la empresa que asume contractualmente el riesgo ejerce el control y tiene la capacidad financiera para asumirlo.
5. Si la respuesta es negativa, identificar a la empresa que efectivamente controla el riesgo y tiene la capacidad financiera para asumirlo.
6. Por último, valorar la operación realmente efectuada de acuerdo con la delineación efectuada, teniendo en cuenta las consecuencias económicas y contractuales de la asunción del riesgo, y retribuyendo debidamente las funciones de gestión del mismo.

En el nuevo marco analítico, desarrollado a partir de fundamentos que ya habían emergido en las *Directrices* en 2010 en el capítulo de las reestructuraciones empresariales, adquiere gran relevancia el concepto de “gestión del riesgo”, que alude a la función de evaluar y responder a los lances de la actividad comercial, y que abraza tres elementos: la capacidad efectiva para asumir o declinar una oportunidad de negocio en función de los riesgos que comporte junto con la toma efectiva de dichas decisiones; la capacidad de reacción a la hora de responder a las dificultades cuando los riesgos se materializan y el ejercicio efectivo de la misma; y la capacidad para mitigarlo, tomando efectivamente las medidas para prevenirlo o paliarlo. Nótese que gestión del riesgo no es sinónimo de asunción del riesgo. La gestión del riesgo es una actividad proactiva que puede externalizarse, mientras la asunción del riesgo significa sufrir las consecuencias económicas en caso de materializarse los eventos dañosos. La gestión es una actividad, la asunción del riesgo es el efecto patrimonial, la lesión en el patrimonio si los eventos indeseados se han materializado, o bien la ausencia del perjuicio patrimonial en caso contrario, que es tanto como decir el beneficio económico de las operaciones.

La capacidad financiera para asumir el riesgo, el otro elemento fundamental a la hora de analizar la validez a efectos de precios de transferencia de las estructuras contractuales de reubicación de riesgos, es sinónimo del acceso a los fondos suficientes, ora para asumir el riesgo, ora para transferirlo a terceros; para desempeñar la función de mitigación del riesgo o externalizarla a un tercero; y para afrontar la lesión patrimonial en caso de materializarse. El

Ubaldo González de Frutos

La equidad en los precios de transferencia después de BEPS

acceso a los fondos financieros suficientes por parte de quien asume el riesgo depende de cuáles sean los activos disponibles inmediatamente y el recurso a la liquidez adicional que sería necesaria en caso de materializarse el riesgo.

Especial atención merecen en las nuevas *Directrices* las instrucciones guiadas a determinar la legitimidad de la distribución contractual de riesgos *a posteriori*, es decir, teniendo en cuenta los hechos acaecidos con posterioridad a la firma del contrato. La asunción contractual es un acuerdo *a priori* para hacerse cargo de los costes inherentes a la materialización de los eventos causantes del riesgo. La regla básica es que no debería aceptarse por la Hacienda, sin más, que los pactos reflejados en los contratos sean determinantes. Al contrario, hay que llevar a cabo un análisis funcional en los términos contenidos en el párrafo 1.82: cuál es la conducta efectiva de las entidades vinculadas en relación con la asunción y gestión de los riesgos, en particular, qué empresa realiza las funciones de control y mitigación, qué empresa sufre las consecuencias positivas o negativas de la materialización de los eventos dañinos, y cuál es la que goza de la capacidad financiera para asumirlo.

8.4.3.- INTANGIBLES

La reforma del Capítulo Sexto de las *Directrices* es uno de los resultados más sobresalientes del Proyecto BEPS. Se trata de una extensa reforma porque el capítulo pasa de tener 39 párrafos a 215, y los tres ejemplos que se contenían en el Anexo al Capítulo VI se tornan con la reforma en 29. También es una reforma profunda, con una nueva sistemática para abordar la identificación, delineación de la transacción y valoración de los intangibles. Es una reforma trascendente para sistematizar lo que constituye el elemento más importante en la cadena de creación de valor en la nueva economía.

Partiendo del *Informe BEPS*, sabemos que la estructura de ingeniería fiscal que se quería combatir es el traslado de flujos consecuente a la exportación de un intangible, donde el titular jurídico que ostenta los derechos de explotación no es normalmente la empresa que ha generado los activos. De modo más específico, la Acción 8 reclamaba la formulación de normas para impedir la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios mediante la transmisión de activos intangibles entre los miembros de un grupo. Para ello, preveía: “(i) la adopción de una definición amplia y claramente delineada de activo intangible, (ii) el aseguramiento de que los beneficios asociados con la transmisión y el uso de activos intangibles serán distribuidos

Ubaldo González de Frutos

La equidad en los precios de transferencia después de BEPS

adecuadamente de conformidad con la creación de valor (y no de forma más bien opuesta), y (iii) el desarrollo de normas de precios de transferencia o medidas especiales para la transmisión de activos intangibles de difícil valoración.”⁶²⁴

Pues bien, estas son las calves de la reforma: evitar la correlación automática entre la titularidad jurídica de los activos inmateriales y la atribución de los cánones por la cesión de los mismos a otros miembros del grupo; poner los medios para evitar que el análisis de los intangibles de difícil valoración se vea afectado por la asimetría de la información entre la administración tributaria y el contribuyente, y evitar el abuso de acuerdos contractuales especiales, especialmente los acuerdos de reparto de costes.

Comienza el capítulo, efectivamente, con una definición de activos intangibles⁶²⁵ a los efectos de precios de transferencia, más extensa que el concepto contable y que la definición legal de estos derechos. No se iguala al concepto contable, pues a nuestros efectos pueden existir activos inmateriales que no estén reflejados en el balance de las sociedades, ni al concepto legal, pues muchos de ellos no están definidos legalmente. Estas vicisitudes poco importan a los efectos de la aplicación del principio de plena competencia: si existe un elemento de creación de valor por cuya utilización partes independientes estarían dispuestas a pagar una retribución, ese intangible tiene relevancia a efectos fiscales. Desde el punto de vista contrario, también constatan las *Directrices* que el mero hecho de que un intangible exista contable o legalmente no significa que vaya a generar derecho a una retribución. Sólo tendrá relevancia cuando exista una relación de equilibrio que en condiciones normales de mercado hubiera dado lugar a una compensación adecuada. Continúa el Capítulo VI con las distintas categorías de activos intangibles, aludiendo a las clásicas contraposiciones entre intangibles mercantiles (o industriales)⁶²⁶ y los de comercialización; entre intangibles “blandos” (sin protección registral) y “duros” (con protección); entre intangibles rutinarios y no rutinarios, y a “otras clases y categorías de activos

⁶²⁴ OCDE *Informe BEPS*, Íbid. pg. 23.

⁶²⁵ Un bien que no es un activo físico ni un activo financiero, que es susceptible de relaciones de propiedad o de control para su uso en actividades comerciales. (párrafo 6.6)

⁶²⁶ En el Glosario de las *Directrices* el término inglés “*trade intangibles*” se traduce por “intangibles mercantiles”, en tanto que el opuesto “*marketing intangibles*” se traduce por “intangibles de comercialización”. La traducción de *trade intangibles* por “intangibles mercantiles” no es particularmente afortunada (todos los intangibles que tienen regulación específica tienen carácter mercantil por el sujeto titular del derecho —el comerciante—). Hubiera sido más claro aludir a estos elementos como “intangibles industriales” aludiendo al hecho de que generan valor participando de la cadena de producción (como por ejemplo, una patente de fabricación) por oposición a los que intervienen en la fase posterior, la de comercialización de un producto acabado (ej. una marca), que serán los “intangibles de comercialización”.

Ubaldo González de Frutos

La equidad en los precios de transferencia después de BEPS

intangibles”. Aunque en la literatura especializada se suele distinguir con más frecuencia entre intangibles industriales y comerciales, la clasificación del activo no tiene realmente incidencia sobre el análisis a efectos de precios de transferencia.

En la sección B del Capítulo 6 se contiene la reforma más importante: la inconsecuencia entre la titularidad jurídica de los activos inmateriales y el derecho a percibir los beneficios derivados de la explotación de los mismos. El párrafo 6.32 es la clave aquí, al establecer que aunque el propietario legal de un activo intangible reciba el producto de la explotación del intangible, otros miembros del mismo grupo multinacional podrían haber realizado funciones, utilizado activos o asumido riesgos que normalmente habrán contribuido al valor del intangible, y que tales miembros tienen derecho a una compensación bajo el principio de plena competencia. La compensación será proporcional al valor de las contribuciones de cada parte, y se atribuirá a las entidades del grupo que hayan desarrollado o desarrollen funciones importantes, aporten gran parte de los activos y/o que controlen los riesgos económicamente relevantes, de acuerdo con la delineación de la transacción efectivamente realizada.

La nueva regulación pone, así pues, el énfasis en evitar las situaciones de “mera titularidad” para atender en su lugar a la verdadera relación de creación de valor entre los miembros de un grupo multinacional, en atención a las funciones que realizan, los activos que utilizan y los riesgos que asumen en el desarrollo, la mejora, el mantenimiento, la protección y la explotación de activos intangibles. De esta forma, el Capítulo 6 se armoniza en las nuevas Directrices con la delineación exacta de la operación y con el análisis de riesgos contenidos en la Sección C del Capítulo 2 (análisis de comparabilidad).

La nueva metodología es particularmente interesante a la hora de tratar los problemas de desproporción entre el valor de transmisión y la rentabilidad posterior de los intangibles de difícil valoración, y es que la especificidad de algunos elementos hace que frecuentemente haya una gran incertidumbre sobre su contribución futura a la generación de valor. Para solucionar este problema de inconsistencia dinámica, el párrafo 6.44 introduce la distinción entre la remuneración prevista (*a priori*) en el momento de celebrarse la operación; y la remuneración real (*a posteriori*) por los resultados efectivamente obtenidos de la explotación del intangible. Cuando se da una variación notable entre lo previsto y lo real es porque los riesgos se han materializado de forma distinta a las especulaciones iniciales. Pues bien, en tal caso, en condiciones normales de mercado, las partes pactarían un ajuste a las retribuciones por el uso

Ubaldo González de Frutos

La equidad en los precios de transferencia después de BEPS

del intangible⁶²⁷, y esta es la solución que va a ofrecer la nueva regulación. La cuestión se concreta entonces en cómo delimitar la distribución de los beneficios o las pérdidas entre los miembros del grupo que han contribuido al desarrollo, mejora, mantenimiento, protección y explotación del activo intangible en cuestión.

Para solventar esta cuestión son relevantes los mismos recursos analíticos que las *Directrices* incluyen en el Capítulo II para el análisis de riesgos, es decir, quién ejerce el control y quién detenta la capacidad financiera para soportar los riesgos. El que contractualmente aparente ser el titular del riesgo tendrá derecho efectivamente a los resultados de la explotación, pero sólo si además lo controla y tiene capacidad para adoptar decisiones importantes, ejerciendo activamente esas funciones. Pues bien, los párrafos 6.69 a 6.72 sustentan la posición de que la parte vinculada que asuma los riesgos y controle efectivamente la ejecución de las funciones de desarrollo, mejora, mantenimiento, protección y explotación del activo intangible será la que soporte la lesión patrimonial si las cosas van mal, o disfrute de la retribución diferencial si los riesgos no se materializan. Por el contrario, el que sea titular del intangible de forma sólo aparente o nominal y no ejerza las funciones de control o carezca de capacidad financiera, se considerará un mero financiador de los intangibles y, si bien generará el derecho a una retribución por los fondos aportados, en ningún caso ésta podrá ser superior a un rendimiento exento de riesgo.

La inconsistencia dinámica es particularmente importante para las operaciones cuya valoración es muy incierta en el momento de celebrarse la operación, pues los errores de estimación anticipada serán mayores. A este tipo de activos de difícil valoración se dedica una sección completa (la sección D4, párrafos 6.186 al 6.195). Una característica de los intangibles de difícil valoración es que existe una importante asimetría de la información entre el grupo multinacional y la Administración tributaria. Normalmente, las Administraciones fiscales carecerán de los conocimientos específicos y del acceso a la información determinante para poder verificar si los cálculos del contribuyente sobre este tipo de intangibles de difícil valoración eran correctos o si, por el contrario, la diferencia entre el valor a priori y a posteriori del intangible no se ajusta al principio de plena competencia.

⁶²⁷ El párrafo 6.183 presenta ejemplos de las estrategias de partes independientes en una situación de alta incertidumbre valorativa ex ante: pactar contratos a más corto plazo, incluir cláusulas de ajuste de precios, pactar pagos que tengan en cuenta índices externos, como las ventas del que realiza la explotación del intangible (lo que en inglés se denomina “*contingent payments*”).

Ubaldo González de Frutos

La equidad en los precios de transferencia después de BEPS

Puesto que en este ejercicio la Administración tributaria depende en gran medida de los conocimientos y la información aportados por el contribuyente, y esa asimetría de la información favorece al contribuyente, la solución adoptada por las Directrices, no exenta de controversia, consiste en un ajuste retroactivo de las retribuciones cuando se dan una serie de condiciones. Esta solución, coherente con el estándar americano de “*commensurate with the income attributable to the intangible*”⁶²⁸, se contiene en el párrafo 6.188, que establece una presunción de que las retribuciones han de ajustarse a los resultados, a partir de las evidencias obtenidas a posteriori. Esta presunción es *iurs tantum*, y se halla sujeta a impugnación por el contribuyente de acuerdo con los párrafos 6.193 y 6.194, si puede demostrar que su valoración se basa en un minucioso análisis de precios de transferencia de las incertidumbres existentes en el momento de la operación y que el resultado no afecta a la determinación exacta del precio de plena competencia. La implementación de estas presunciones no está todavía suficientemente detallada y durante 2016 se publicarán las instrucciones a tal efecto y, a la luz de las experiencias adquiridas, para el año 2020 se revisará la aplicación práctica de las exenciones, incluidos la evaluación de la importancia y los plazos recogidos en las exenciones vigentes.

8.4.4.- SÚPER-CAPITALIZACIÓN

El *Plan de Acción* colocaba en el mismo plano la planificación mediante transferencias de intangibles, reasignación contractual de riesgos, y la súper-capitalización⁶²⁹, que podemos definir como la situación en la que una empresa del grupo con un nivel elevado de capital proporciona financiación a empresas del grupo sin realizar otras actividades sustantivas. No obstante, el Informe de las Acciones 8-10 no ha dado sustantividad al fenómeno de las *cash-boxes*, y por consiguiente no tienen un tratamiento autónomo en las *Directrices*. Sin embargo, tanto el Capítulo II al regular los riesgos como el VI al hacer lo propio con los intangibles, dan la respuesta a la situación en que una entidad aporta capital sin controlar efectivamente los riesgos o es titular del intangible de forma sólo aparente o nominal, siendo la solución considerarla un mero financiador que, aunque genere el derecho a una retribución por los fondos

⁶²⁸ Véase GONZÁLEZ DE FRUTOS, Ubaldo. La Experiencia Norteamericana en los Precios de Transferencia, en CORDÓN EZQUERRO, Teodoro (Ed.) *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*, Editorial Estudios Financieros, Madrid, 2010, 968 pgs.

⁶²⁹ “...multinationals have been able to use and/or misapply those rules to separate income from the economic activities that produce that income and to shift it into low-tax environments. This most often results from transfers of intangibles and other mobile assets for less than full value, the over-capitalisation of lowly taxed group companies and from contractual allocations of risk to low-tax environments in transactions that would be unlikely to occur between unrelated parties. *Ibid*, pgs. 19-20

Ubaldo González de Frutos

La equidad en los precios de transferencia después de BEPS

aportados, en ningún caso sea ésta superior a un rendimiento exento de riesgo, o incluso menos cuando, por ejemplo, la transacción carezca de racionalidad comercial, en cuyo caso las *Directrices* contemplan la posibilidad de ignorar la operación.

Las nuevas *Directrices* son así la garantía de que aquellas entidades con gran número de activos pero sin ninguna otra actividad económica relevante no tengan derecho a percibir beneficios extraordinarios, sino tan sólo y estrictamente el rendimiento exento de riesgo de los fondos aportados

8.4.5.- LA REFORMA VENIDERA DEL MÉTODO DE DISTRIBUCIÓN DEL RESULTADO

La Acción 10 demandó que se aclararse la aplicación de los métodos de precios de transferencia, en particular el método de distribución del resultado (*Profit Split Method*), en el contexto de las cadenas mundiales de creación de valor. Este trabajo no se pudo llevar a cabo en 2015, en parte por el gran interés suscitado, y quedó pospuesto, esperándose se publique en el primer semestre de 2017. No obstante, el Informe de las Acciones 8-10 esboza el alcance de la reforma⁶³⁰. A partir de un borrador para información pública de diciembre de 2014 conteniendo una serie de cuestiones sobre escenarios hallados en la práctica al aplicar el método de la distribución del resultado, los comentaristas remitieron aproximadamente 500 páginas de observaciones, luego complementadas con una consulta pública en marzo de 2015.

El Borrador de 2014 y los comentarios han permitido perfilar el alcance del trabajo a realizar, comenzando por la aclaración de los casos en que está indicada la aplicación del método de distribución del resultado, así como sobre el modo de hacerlo, ya que las experiencias indican que existen importantes dificultades para los contribuyentes y para las administraciones tributarias sobre cuándo y cómo debe aplicarse este método. Dado que el proceso de consulta confirmó que el método de la distribución del resultado es un recurso útil que permitiría, si se aplica correctamente, alinear los beneficios con la creación de valor de acuerdo con el principio de plena competencia, se ha decidido continuar los trabajos. El método de distribución de los beneficios puede resultar el más adecuado, sobre todo cuando las características de la operación dificultan la aplicación de otros métodos de precios de transferencia.

⁶³⁰ Informe BEPS, 2013, Íbid, pgs. 55 a 61.

Ubaldo González de Frutos

La equidad en los precios de transferencia después de BEPS

Las futuras *Directrices* deberán aclarar en qué circunstancias la distribución del resultado es el método más adecuado y describir las orientaciones para la aplicación del método de forma fiable. Tendrán que tener en cuenta también todos los cambios introducidos por BEPS, empezando por la Sección D del Capítulo 2 (es decir, la realización de un análisis funcional sólido, con identificación y atribución del riesgo) y complementarlo con las nuevas normas sobre intangibles. Igualmente tendrán que considerar las conclusiones de la Acción 1 "Cómo abordar los desafíos fiscales de la Economía Digital"⁶³¹, que señala la necesidad de prestar atención a la integración de los modelos empresariales a raíz de la economía digital, y el papel que podría tener el método de la distribución del resultado en dicha integración. Por otra parte, las directrices deberían también tener en cuenta los trabajos en curso encomendados por el Grupo de Trabajo sobre Desarrollo del G20 sobre el impacto de BEPS en los países en desarrollo⁶³², para desarrollar enfoques de precios de transferencia en situaciones en las que la disponibilidad de comparables sea limitada y aclarar cómo debería elegirse el método más adecuado en esos casos. El método de distribución de beneficios puede ayudar a completar las herramientas a disposición de los países de rentas bajas para hacer frente a la falta de comparables, aunque también las herramientas desarrolladas en este trabajo limitarán los casos en que dicho método sea aplicable.

La aclaración y consolidación de las orientaciones esbozadas en el Informe de las Acciones 8-10, complementadas por un número de ejemplos de situaciones en que el método se puede aplicar de manera fiable y del modo en que se puedan aplicar para generar un resultado de plena competencia, será el objeto del trabajo a desarrollar en 2016-17 a partir de las orientaciones recogidas en el informe de BEPS, con un borrador para consulta que se espera sea publicado en mayo de 2016.

8.4.6.- TRANSACCIONES CON MATERIAS PRIMAS

El Informe de las Acciones 8-10 también se ocupa de las operaciones con materias primas (*commodities transactions*)⁶³³. La nueva regulación, relativamente escueta, ocupa los párrafos

⁶³¹ OCDE. *Addressing the tax challenges of the Digital Economy*. Paris OECD Publishing, 2015, 285 pgs.

⁶³² OCDE. *Part 1 and Part 2 of a Report to G20 Development Working Group on the impact of BEPS in Low Income Countries*. Paris, 2014 <http://www.oecd.org/tax/part-1-of-report-to-g20-dwg-on-the-impact-of-beps-in-low-income-countries.pdf> y <http://www.oecd.org/g20/topics/taxation/part-2-of-report-to-g20-dwg-on-the-impact-of-beps-in-low-income-countries.pdf>

⁶³³ Las define el párrafo 2.16A como los productos físicos para los que existen operadores independientes que utilizan como referencia una cotización pública para fijar los precios en transacciones no

Ubaldo González de Frutos

La equidad en los precios de transferencia después de BEPS

2.16A a 2.16E de las nuevas Directrices, y viene a dar un reconocimiento explícito a las legislaciones que, sobre todo en América Latina, habían desarrollado el que se conoce como “sexto método”, denominación que nunca fue pacífica ya que parecía más una norma anti-elusión que un método propiamente dicho. La ubicación sistemática en las nuevas Directrices resuelve esta cuestión al colocarlo dentro de la sección del precio libre comparable.

Los problemas de deslocalización de beneficios en transacciones con materias primas que esta legislación quería paliar son fundamentalmente dos. Por un lado, las operaciones de triangulación, que permitían a la industria extractiva eludir el gravamen en el país de origen al exportar las materias primas por importes muy reducidos, situando intermediarios en una jurisdicción de baja tributación, los cuales posteriormente enajenan las materias primas a precios de mercado. El segundo es el arbitraje que se consigue manipulando simplemente las fechas de factura. Así es, la alta volatilidad de las materias primas aun dentro de periodos muy cortos, por ejemplo, en un mes, permite a los contribuyentes conseguir ahorros fiscales manipulando las fechas de los contratos. Para evitar estos dos problemas, las legislaciones sobre el sexto método, originarias de Argentina, referencian los precios de las cotizaciones a las cotizaciones en mercados transparentes en la fecha en que las mercancías son estibadas en los buques.

Esta materia no estaba inicialmente contemplada en el Plan de Acción de BEPS, pero encaja perfectamente en la Acción 10 como un mecanismo de protección frente a tipos de pagos comunes que erosionan la base imponible. Además, el informe al Grupo de Trabajo del Desarrollo del G-20 señaló este problema como uno de los más graves para los países en desarrollo⁶³⁴. El resultado es un marco mejorado para el análisis de las transacciones con materias primas por el cual los precios de transferencia deberían adecuarse mejor a la creación de valor.

vinculadas. Esa cotización es el precio de la materia prima en un mercado, nacional o internacional, en que se negocie, e incluye también los precios publicados por agencias de información estadística u otros precios reconocidos y transparentes, o bien de agencias públicas de fijación de precios, cuando esos índices sean utilizados también como referencia por las empresas independientes para fijar los precios de sus operaciones.

⁶³⁴ OCDE. *Part 2 of a Report to G20 Development Working Group on the impact of BEPS in Low Income Countries*. [en línea] Paris, 2014 <http://www.oecd.org/g20/topics/taxation/part-2-of-report-to-g20-dwg-on-the-impact-of-beps-in-low-income-countries.pdf>, pg 4. [consulta 16 enero 2016]

Ubaldo González de Frutos

La equidad en los precios de transferencia después de BEPS

El suplemento de los párrafos 2.16A a 2.16E aclara las normas aplicables al método del precio libre comparable (“PLC”) en transacciones con materias primas. Las nuevas reglas establecen que el método del precio libre comparable a la hora de fijar los precios de transferencia en transacciones con materias primas entre empresas vinculadas puede resultar un método apropiado, pudiendo utilizarse precios de mercados cotizados siempre que sean suficientemente profundos y transparentes. A partir de los precios cotizados, deberían realizarse ajustes de comparabilidad, en caso necesario, para asegurar que las características económicamente relevantes de las operaciones vinculadas sean suficientemente comparables.

El párrafo 2.16E se ocupa de la determinación de la fecha de fijación del precio en las transacciones con materias primas, para impedir que los contribuyentes utilicen arbitrariamente fechas de fijación de precios en los contratos. La fecha a tener en cuenta será la del contrato si existen suficientes evidencias y si la conducta de las partes es consistente con el contrato. Por el contrario, si no existe evidencia fiable de la fecha alegada por el contribuyente, o si la conducta de las partes es contradictoria con el contrato, y las autoridades fiscales no pueden fijar la fecha de acuerdo con las directrices de la sección D del Capítulo I, se les permite considerar como fecha del contrato la fecha de envío, a partir del conocimiento de embarque o de otros documentos fehacientes.

Por último, existen otras novedades introducidas por el Proyecto que también son pertinentes a la hora de abordar cuestiones relacionadas con las transacciones con materias primas. En particular, las normas de la Acción 13 sobre documentación de precios de transferencia, y las de delineación de operaciones de la Acción 9. Además, en 2016 se harán públicos los resultados del trabajo encomendado por el Grupo de Trabajo sobre Desarrollo del G20 sobre los toolkits para paliar el impacto de la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios en los países en desarrollo.

8.4.7.- SERVICIOS DE ESCASO VALOR AÑADIDO

La Acción 10 ordena desarrollar normas de precios de transferencia para incorporar mecanismos de protección frente a un tipo de pagos bastante común que erosionan la base imponible. Para lograr este objetivo, el nuevo Capítulo VII de las Directrices incluye un régimen simplificado y optativo para servicios de bajo valor añadido (servicios administrativos, técnicos, financieros, comerciales, de gestión, coordinación y control para todo el grupo), junto con algunos cambios

Ubaldo González de Frutos

La equidad en los precios de transferencia después de BEPS

y aclaraciones a otros párrafos del Capítulo. Aunque el Informe de las Acciones 8-10 redacta de nuevo todo el Capítulo VII, la verdadera novedad es la Sección D sobre servicios intragrupo de bajo valor añadido (SBVA).

En general, en el análisis de los precios de transferencia en servicios intragrupo hay dos elementos que considerar: determinar si se han prestado efectivamente, lo que se consigue mediante el examen de los beneficios que le ha aportado al destinatario, y establecer la remuneración de libre competencia de dichos servicios. En la determinación de si el servicio existe hay que tener en cuenta que las actividades de accionista realizadas por la matriz sólo le benefician a ella, y por tanto no se pueden imputar a la filial. Por lo demás, el Capítulo VII recuerda que se debe evitar la duplicación y la consideración de beneficios meramente incidentales. A la hora de establecer la remuneración de esos servicios a efectos fiscales según el principio de plena competencia, hay básicamente dos modalidades, la de cargo directo, fórmula preferida por las *Directrices*, sobre todo si el que presta el servicio tiene también clientes externos, pues en tal caso habrá un comparable de referencia, y la indirecta, que requiere la determinación del coste para el prestador y una calve de distribución entre los prestatarios cuando haya más de uno.

Lo más novedoso es la Sección D, que regula el nuevo régimen simplificado y optativo para los SBVA aplicando el principio de plena competencia a partir del coste de dichos servicios. El régimen busca un equilibrio entre el adecuado funcionamiento del grupo de empresas, que de conformidad con el principio de plena competencia deberían poder repercutir a sus beneficiarios los gastos por los servicios prestados, aunque su valor añadido sea escaso, y la necesidad de la Hacienda Pública de proteger las bases imponibles de los países donde residen los ordenantes de los pagos. Distingue el Capítulo VII entre los grupos de empresas que están centralizados o integrados, donde habrá un mayor volumen de servicios intragrupo⁶³⁵, y los descentralizados, en el cual los servicios intragrupo serán menos significativos.

⁶³⁵ El párrafo 7.14 enuncia una lista *ad exemplum*: servicios administrativos, como planificación, coordinación, control presupuestario, asesoría financiera, contabilidad, auditoría, servicios jurídicos, *factoring*, servicios informáticos; servicios financieros, como supervisión de los flujos de tesorería y solvencia, ampliaciones de capital, contratos de préstamo, gestión de riesgo de tipo de interés y de cambio y refinanciaciones; asistencia en las áreas de producción, compras, distribución y comercialización; y servicios de gestión de recursos humanos, como selección y formación de personal. A menudo, los centros de servicios del grupo también realizan trabajos de gestión de pedidos, atención al cliente y centro de llamadas, labores de I+D, o gestionan y protegen los activos intangibles de una parte o del conjunto del grupo multinacional.

Ubaldo González de Frutos

La equidad en los precios de transferencia después de BEPS

El régimen simplificado y electivo determina en primer lugar los costes incurridos en la prestación de cada categoría de esos SBVA, luego los asigna a las empresas del grupo que se benefician y hacen uso de los mismos y, por último, aplica un mismo margen de beneficios sobre el coste a todas las categorías de servicios. Es equitativo al introducir un criterio de reparto uniforme para todos los beneficiarios de esos servicios intragrupo y proporciona mayor transparencia gracias a requisitos específicos de conservación de información, que incluyen la documentación que acredite la determinación del conjunto específico de costes.

La definición de SBVA se contiene en los párrafos 7.44 a 7.47. Son aquellos que prestan uno o varios miembros de un grupo multinacional por cuenta de otros miembros del grupo, que tienen un carácter auxiliar, no constituyen la actividad principal del grupo multinacional (es decir, no representan actividades que generan beneficios ni contribuyen a las actividades con significación económica del grupo multinacional), ni requieren del uso de intangibles únicos y valiosos ni conducen a la creación de intangibles únicos y valiosos, no conllevan la asunción o el control de un nivel alto o significativo de riesgo, ni generan un nivel de riesgo significativo para el proveedor del servicio. En definitiva, se trata de servicios que no constituyen el núcleo de la actividad del grupo de empresas, y se excluyen una serie de servicios, como I+D, fabricación y producción, compras de materias primas, ventas, extracción de recursos naturales, etc. que, aunque no constituyan la actividad primordial del grupo, en cambio son susceptibles de aportar un gran valor al mismo.

El régimen trata de garantizar a los países ordenantes de pagos que el sistema a través del cual se atribuyen los costes conduzca a un tratamiento equitativo de todas las entidades vinculadas que operen en circunstancias similares. Además, garantiza que no se produzca sobreprecio gracias al acuerdo general sobre las categorías de costes incluidas en la base de coste y a un acuerdo general sobre el margen, un moderado 5%. Para las empresas tiene la ventaja de que se reducen los costes de cumplimiento, ya que no habrá que elaborar documentación de precios de transferencia mientras se trate de servicios contemplados dentro del régimen. Tan sólo habrá que documentar los extremos que pide el 7.64: la descripción de las categorías de servicios acogidas al régimen, la identificación de los beneficiarios, la descripción de los beneficios para los prestatarios, las claves de distribución de los costes, los contratos existentes con las empresas del grupo, el cálculo de los costes que se repercuten, y los cálculos aplicados sobre el conjunto de esos costes. La transparencia aportada por el Informe País por País de la Acción 13

Ubaldo González de Frutos

La equidad en los precios de transferencia después de BEPS

aclara a los países ordenantes de pagos si se han interpuesto sociedades instrumentales, que pudieran tener una baja funcionalidad y tratar de inflar sus cargos por servicios intragrupo.

La creación del régimen simplificado y optativo facilita también la prueba del beneficio para la entidad ordenante del pago. Cuando se aplique el régimen, se dispensa de probar que la empresa tiene un motivo empresarial válido para incurrir en esos costes, sustituyendo a la prueba detallada del beneficio recibido que se necesita aportar para otros cargos por servicios intragrupo. El nuevo régimen permite también a las administraciones fiscales liberar recursos para identificar y examinar otros elementos de la política de precios de transferencia cuyo riesgo potencial de encontrar problemas de BEPS sea más significativo.

No obstante, los países en desarrollo han señalado a los cargos excesivos por servicios de gestión intragrupo y por gastos imputados de la sede central como uno de los mayores problemas de erosión de bases a que se enfrentan, y para ellos el enfoque simplificado y optativo podría llegar a ser problemático. Por ello, se ha previsto que los países que lo deseen puedan implantar el régimen en combinación con un techo. Si los pagos por servicios intragrupo de bajo valor añadido superan ese techo, las administraciones tributarias podrán realizar un análisis completo de precios de transferencia y exigir pruebas fehacientes de los beneficios obtenidos por dichos servicios. El Grupo de Trabajo sobre Desarrollo del G20 ha encomendado a las Organizaciones Internacionales el desarrollo de herramientas para que los países en desarrollo se protejan adecuadamente contra este tipo de pagos que erosionan la base imponible, herramientas que se publicarán entre 2016 y 2017.

Para que el enfoque simplificado y electivo sea eficaz debe adoptarse a una escala geográfica lo más amplia posible, y ser respetado tanto por el país del proveedor como por el del beneficiario de los servicios intragrupo. Por eso, los países que participan en el proyecto BEPS han convenido un enfoque de dos fases para su implantación. El primer paso consiste en que un gran número de países permita este mecanismo optativo en su territorio antes de 2018. El segundo reconoce que sería útil seguir analizando el diseño del techo y otras cuestiones planteadas por la aplicación a los países en desarrollo, para alcanzar una adopción aún más generalizada del enfoque simplificado. Por lo tanto, se realizará una labor de seguimiento del diseño del techo y de otras cuestiones relacionadas con la implantación, que se concluirá antes de finales de 2016. En el marco de la labor de seguimiento relacionada con la implantación, se establecerá con

Ubaldo González de Frutos

La equidad en los precios de transferencia después de BEPS

claridad los países que se unen al enfoque objetivo para los servicios intragrupo de bajo valor añadido.

8.4.8.- ACUERDOS DE REPARTO DE COSTES

Los acuerdos de reparto de costes (ARC) son contratos especiales entre empresas para compartir las contribuciones y los riesgos inherentes al desarrollo, producción u obtención de servicios o activos tangibles o intangibles, bajo la asunción de que dichos servicios o activos producirán beneficios para cada uno de los participantes. Si no se valoran adecuadamente las aportaciones al ARC y los beneficios derivados del mismo, se pueden trasladar los beneficios a partir la ubicación donde se genera el valor a otras jurisdicciones de menor fiscalidad.

El Plan de BEPS ha redactado de nuevo el Capítulo VIII de las *Directrices*, a partir del mandato de la Acción 8, que alude a la determinación del precio de transferencia de los activos intangibles y pide el desarrollo de normas adecuadas para impedir la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios mediante el traspaso de intangibles entre miembros de un grupo empresarial sin que medie una remuneración de plena competencia, así como a una actualización de las directrices en materia de acuerdos de reparto de costes.

En consecuencia, el nuevo Capítulo VIII presenta las normas que han de permitir determinar si las condiciones que establecen las entidades vinculadas en un ARC se atienen al principio de plena competencia. Para ello, se examinan las oportunidades de trasladar beneficios que resultan del uso de un ARC.

El principio básico es que las partes que operan a tenor de acuerdos con características económicas similares deberían recibir rendimientos similares, con independencia de que los acuerdos contractuales de cada caso en particular merezcan o no el calificativo de ARC. Las reglas del Capítulo VIII aseguran que no se utilicen los ARC para sortear las nuevas normas sobre asunción de riesgos ni las referidas a los intangibles. El análisis de los ARC se atiene así al marco establecido en las *Directrices* con el fin de asegurar la aplicabilidad del mismo marco analítico para delinear la operación real, incluida la atribución del riesgo, a los ARC, del mismo modo que se aplica a cualesquiera otros acuerdos contractuales, garantizando que el análisis de los ARC se basa en los acuerdos efectivamente alcanzados por las empresas asociadas y no en meros términos contractuales que no reflejan la realidad económica. La nueva regulación asegura que una empresa asociada sólo participe en un ARC si existe una expectativa razonable

Ubaldo González de Frutos

La equidad en los precios de transferencia después de BEPS

de que se beneficie de los objetivos del ARC y si ejerce el control de los riesgos específicos que asume en virtud del mismo y tiene la capacidad financiera para asumirlos. Además, se asegura que las aportaciones realizadas a un ARC, con especial hincapié en los activos intangibles, no se valoren al coste cuando es poco probable disponer de una base fiable para determinar el valor de las aportaciones relativas de cada uno de los participantes, dado que esto puede conducir a resultados incoherentes con el principio de plena competencia.

En resumen, las directrices garantizan que los ARC se analicen adecuadamente y que arrojen resultados que sean coherentes con el modo y el lugar donde se ha creado el valor.

8.4.9.- ECONOMÍAS DE UBICACIÓN

Por economías de ubicación se entienden las ventajas obtenidas por un grupo de empresas por razón de su ubicación en un mercado determinado, donde puede gozar de menores costes de producción, acceso a mano de obra especializada, subsidios gubernativos, economías de escala o menores estándares ambientales. También describe, por el lado de las ventas, las ventajas inherentes a una amplia base de consumidores que demanda productos, frecuentemente de lujo, pagando una prima sobre el precio en otros mercados por la existencia de menor oferta, barreras de entrada, u otras características del mercado.

Se trata de un asunto potencialmente muy interesante para los países en desarrollo que ha recibido mucha atención en los últimos años, sobre todo desde que China⁶³⁶ e India⁶³⁷

⁶³⁶ China publicó legislación por vez primera en 2010 y comenzó a aplicar el concepto en sus inspecciones, pero sin una base metodológica suficiente, como indican GHOSH, Shanto, SHU, Wei y TOMAR, Rahul: Location Specific Advantages: China and India. En *International Tax Review* [en línea], 23 de enero de 2014, <http://www.internationaltaxreview.com/Article/3300894/Location-specific-advantages-India-and-China.html> [consulta el 24 de enero de 2016]

⁶³⁷ India tiene claro el concepto, pero no ha propuesto una metodología clara para la valoración, tan solo la utilización del *Profit Split* en ausencia de comparables, pero esta posición es muy agresiva y la Administración en 2015 ha perdido el primer caso en los tribunales. Se trata del Caso Watson Pharma Pvt. Ltd., donde el tribunal de Apelación de Bombay determinó que la empresa opera en un mercado perfectamente competitivo y que el contribuyente no detenta ningún derecho exclusivo sobre el mercado, por lo cual las ventajas de la ubicación se trasladan a los consumidores y en consecuencia no hay ningún beneficio extraordinario que repartir. Citado por BILANEY, Sunny: "Location Specific Advantages: When and how should they be allocated". En *Bulletin for International Taxation* [en línea], volumen 69, n.8 26 de junio de 2015 https://www.ibfd.org/IBFD-Products/Journal-Articles/Bulletin-for-International-Taxation/collections/bit/html/bit_2015_08_int_1.html [consulta 24 de enero de 2016]

Ubaldo González de Frutos

La equidad en los precios de transferencia después de BEPS

promulgaron legislación doméstica y luego llevaron su posición al Manual de Precios de Transferencia de Naciones Unidas en 2012⁶³⁸.

La razón de la pujanza de este concepto está en la competitividad internacional, que ha llevado a muchas multinacionales a reubicar sus centros de producción global en países emergentes. Además de esto, el incremento de la base de consumidores en China e India, junto con la reducción de las tarifas arancelarias, han hecho que muchas empresas encuentren un amplio mercado en dichas economías. Los BRICS tienen hoy un 40% de la población mundial y contribuyen al 20% del PIB mundial y por tanto su visión sobre los asuntos de precios de transferencia es muy importante. El conjunto de estos factores llevó inicialmente a las autoridades de India y China a acuñar el concepto, sosteniendo que las especiales características de sus mercados merecen un reconocimiento especial en la determinación de los precios de transferencia. Después, se produjo un amplio consenso sobre la existencia de estas economías de la ubicación⁶³⁹.

La primera aparición del concepto en las *Directrices* se produce en 2010, en el Capítulo IX, donde se discute el concepto en el contexto de una reestructuración empresarial⁶⁴⁰. Después accede al Manual de Naciones Unidas y es, finalmente, el Informe de las Acciones 8-10 de BEPS de 2015 el que termina de naturalizar el tratamiento de las economías de localización, bien entendido que tienen que ser reconocidas y valoradas de acuerdo con el principio de plena competencia⁶⁴¹. Existe un reconocimiento explícito de las economías de ubicación, pero su compensación no se puede producir de modo autónomo, sino en el contexto de un análisis funcional.

Ahora bien, tanto el Manual de Naciones Unidas como las *Directrices* han rebajado notablemente la pretensión de los BRICS de gravar una parte importante del beneficio en concepto de economías de ubicación. Lo relevante no es tanto el menor coste de producción (o

⁶³⁸ donde se las relaciona con las denominadas “*location rents*”, beneficios derivados de la ubicación. Véase el párrafo 5.3.2.44 de UNITED NATIONS: *Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries*. [en línea] United Nations, New York, 2013. http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN_Manual_TransferPricing.pdf [Consulta 24 enero 2016]

⁶³⁹ Además de la legislación y práctica de países como China e India, están reconocidas en la legislación norteamericana (Reglamento norteamericano de Precios de Transferencia, párrafo 1.482-1(d)(4)(ii)) en el Manual de Naciones Unidas y en las *Directrices* de la OCDE.

⁶⁴⁰ El párrafo 1.33 de las *Directrices* redactadas en 2015 recuerda que los párrafos 9.148 – 9.153 abordan el tratamiento de las economías de localización en el contexto de una reestructuración de empresas, y dispone que los principios que se describen en esos párrafos sean aplicables en términos generales a todas las situaciones en las que se presenten economías de localización.

⁶⁴¹ En la Sección D.6 del Capítulo I, párrafos 1.33 a 1.37

Ubaldo González de Frutos

La equidad en los precios de transferencia después de BEPS

la prima de mercado) sino qué entidad que tiene el poder de negociación, pues esa es la empresa que puede generar las economías de ubicación, y esto normalmente dependerá de quién posea los intangibles⁶⁴².

El párrafo 1.35 de las Directrices propone la metodología para la evaluación, que consiste en cuatro pasos, que en realidad son tres. Comienza por determinar si efectivamente existen las economías de localización, pues en mercados competitivos se trasladan a clientes o proveedores (en las Directrices esta traslación aparece como paso tercero), continúa por determinar el importe y, finalmente, determinar el modo en que las empresas independientes que operan en circunstancias similares atribuirían cualquier economía de localización neta mantenida.

En cuanto al reconocimiento, muchas veces la ventaja puede que ni siquiera exista, y que las MNEs simplemente hayan reubicado la producción en China para reducir costes y poder sobrevivir. En tal caso habría reubicación, pero no ventajas para el grupo, pues se habrían traspasado a clientes o proveedores. Por otra parte, la ventaja de la ubicación debe ser neta. Si hay ahorros en la producción, por ejemplo, se deben compensar con los mayores costes del transporte.

En lo que respecta a la valoración, el asunto es complicado porque normalmente faltan comparables. Aunque el 1.36 remite a los mercados locales para hallar comparables de cómo se pueda remunerar la prima de ubicación, lo habitual es que estas ventajas se produzcan sólo en el contexto de cadenas mundiales de creación de valor, y por tanto no habrá comparables locales. El factor clave a la hora de repartir los ahorros en tal caso es el poder de negociación, es decir, lo que hubieran hecho entidades independientes en circunstancias comparables. Un poco más fácil es determinar la valoración de las primas de mercado al comparar el precio de venta de productos en diferentes mercados.

⁶⁴² Véase el párrafo 5.3.2.44 del manual de Naciones Unidas (Íbid.), y GHOSH, Shanto, SHU, Wei y TOMAR, Rahul: Location Specific Advantages: China and India. En *International Tax Review* [en línea], 23 de enero de 2014, <http://www.internationaltaxreview.com/Article/3300894/Location-specific-advantages-India-and-China.html> [consulta el 24 de enero de 2016]

Ubaldo González de Frutos

La equidad en los precios de transferencia después de BEPS

8.5.- OTRAS ACCIONES CON INCIDENCIA SOBRE LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA

En este último epígrafe repasamos otras acciones de BEPS con incidencia directa en los precios de transferencia.

8.5.1.- ACCIÓN 4. LIMITAR LA EROSIÓN VÍA INTERESES Y OTROS PAGOS FINANCIEROS

La Acción 4 obligaba a desarrollar recomendaciones sobre el diseño de normas para evitar la erosión de la base imponible a través de la utilización de deducciones excesivas por intereses, especialmente entre entidades vinculadas, pero también en deudas con terceros, que lograban una deducción excesiva de intereses o bien financiaban la producción de ingresos exentos o diferidos. En el contexto de la Acción 4, el Plan de Acción ordenaba establecer también orientaciones sobre precios de transferencia para la fijación de precios de las transacciones financieras vinculadas, incluyendo las garantías financieras y el rendimiento, los derivados (incluidos los derivados internos utilizados en las relaciones intra-bancarias) los seguros cautivos y otras clases de seguro. Este trabajo, coordinado con el de híbridos y reglas CFC, se realizará durante 2016.

8.5.2.- ACCIÓN 14. HACER MÁS EFECTIVOS LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

La Acción 14, claramente orientada a mejorar la posición jurídica de los contribuyentes, apremiando a las administraciones tributarias para que sean más eficaces en la resolución de procedimientos amistosos y, en general, de las controversias tributarias, viene inspirada por el previsible aumento de acciones de control por parte de las Haciendas, a la luz de la mayor transparencia introducida por la documentación de la Acción 13. Sin modificar las normas de resolución de conflictos del capítulo IV de las Directrices, la Acción 14 ha desarrollado un nuevo estándar para remover los obstáculos que impiden que los países resuelvan las controversias relacionadas con los convenios mediante los procedimientos amistosos, y ha incluido el mandato de que los países desarrollen disposiciones sobre arbitraje en la mayoría de convenios y el hecho de que el acceso a los procedimientos amistosos y el arbitraje pueda ser denegado en algunos casos.

8.6.- CONCLUSIÓN

En su conjunto, la reforma de 2015 de las *Directrices* supone la culminación de varios proyectos de reforma que venían progresando desde la última reforma de 2010, si bien dentro del sólido marco que proporciona BEPS, transversal a las reformas de todos los instrumentos anti-elusión y, por supuesto, a los precios de transferencia. Las nuevas normas para la delineación de las operaciones se distancian del anterior criterio formalista en la interpretación de los contratos, ofreciendo mayores recursos a las Haciendas para ajustar las bases y, por consiguiente, claros avances en materia de equidad.

Lo mismo ocurre con las normas para examinar la atribución contractual de los riesgos, que ahora permiten rebatir las ubicaciones de conveniencia recurriendo al instrumento de la delineación de las operaciones y más en concreto al examen del control del riesgo y de la capacidad financiera para asumirlo. Esto supone que los países en desarrollo no serán objeto de prácticas de “*risk stripping*” para mermar sus bases o, si lo son, las *Directrices* ofrecerán recursos para rectificar la situación.

En materia de exportación de intangibles, la tercera gran novedad sustantiva de las *Directrices*, es de nuevo la búsqueda de la verdadera contribución de las partes a la creación, mantenimiento y mejora de los intangibles, la única que puede fundamentar una determinada retribución mediante cánones, y no una pura situación contractual fruto de acuerdos entre partes vinculadas. Esta reforma también acrecienta la equidad entre naciones, en este caso en beneficio de los países desarrollados y en detrimento de los paraísos fiscales, que en los últimos años venían siendo los destinatarios de las rentas de los activos intangibles en los esquemas de centralización de la propiedad intelectual.

Son medidas todas ellas que permitirán a las Haciendas, tanto de países avanzados como de economías en desarrollo, combatir las rentas apátridas mediante la atribución de las bases imponibles a los territorios donde tienen lugar las actividades económicas que permiten generar los beneficios. Algunas medidas además apoyan específicamente a los países en desarrollo, como es el caso de las transacciones con materias primas, las economías de ubicación o los pagos por servicios de escaso valor añadido.

En general, nuestra conclusión es que al combatir las rentas apátridas la reforma de las Acciones 8-10 de BEPS avanza por el camino de la equidad entre naciones al alinear la creación de valor

Ubaldo González de Frutos

La equidad en los precios de transferencia después de BEPS y las bases imponibles. Otra cuestión distinta es si un Impuesto de Sociedades unitario en el mundo, del estilo de la BICC propuesta por la Comisión, sería más eficaz o no. A esta cuestión volveremos en el Capítulo 10.

9.- El Informe País-por-País en apoyo de una mayor equidad

9.1.- INTRODUCCIÓN

La idea que fundamenta este capítulo es que las prácticas de erosión de bases que en pasado se han apoyado en una lectura torticera de las Directrices de los Precios de Transferencia sólo han podido prosperar por la falta de transparencia. Para remediar esta carencia, se ha desarrollado en los últimos diez años un movimiento cuya última conquista ha sido el Informe País-por-País (IPPP).

Si en el capítulo anterior hemos examinado cómo las Directrices son hoy menos susceptibles al abuso, con claros efectos favorables sobre la equidad, en este veremos cómo la transparencia ha de venir a reforzar la garantía de que aquéllas serán aplicadas de forma ortodoxa. La transparencia se convierte así en un elemento preventivo contra las rentas apátridas y, por tanto, refuerza la equidad introducida por las nuevas Directrices⁶⁴³.

La introducción del IPPP supone, de hecho, el triunfo de una antigua reivindicación de intelectuales y ONGs para tutelar los intereses de los países en desarrollo. En consecuencia, no es aventurado afirmar que la obligación de suministro de información que incumbe ahora a las multinacionales cuyo grupo facture más de 750 millones de dólares supone un claro avance en favor de la equidad internacional. El IPPP recopila, desglosándolas por países, una serie de

⁶⁴³ Como argumenta el Considerando 4 de la Directiva de 25 de mayo de 2016 que introduce el IPPP en la legislación comunitaria modificando la Directiva 2011/16/UE: *“El aumento de la transparencia respecto de las autoridades tributarias podría servir de acicate para que los «grupos de empresas multinacionales» abandonen ciertas prácticas y paguen la cuota impositiva que les corresponde en el país en que se obtienen los beneficios. Por lo tanto, potenciar la transparencia de los «grupos de empresas multinacionales» es una parte esencial de la lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de los beneficios”*.

Ubaldo González de Frutos

El Informe País-por-País en apoyo de una mayor equidad

magnitudes que hacen patente la deslocalización de beneficios hacia territorios de baja tributación, con un efecto de autodisciplina y control público que debe proteger las bases imponibles locales.

Por otro lado, la aparición del IPPP supone un refuerzo a la metodología de los precios de transferencia, remediando alguna de las críticas más fundadas sobre la dificultad de aplicación⁶⁴⁴, elemento que pesa también de cara a la propuesta de fiscalidad unitaria que examinamos en el capítulo siguiente. La novedad del IPPP, incorporado ya a la normativa española⁶⁴⁵, se ve además reforzada dentro de la UE por la Directiva de 25 de mayo de 2016, que modifica la de Asistencia Mutua para facilitar el intercambio automático de los IPPP⁶⁴⁶.

El Informe País-por-País (*country-by-country reporting* en inglés) es un estado informativo que recopila, desglosándolas por países, determinadas magnitudes financieras (ingresos brutos, resultados antes de impuestos, impuestos devengados y satisfechos, capital y fondos propios, y activos materiales e inmobiliarios), no financieras (plantilla media, listado de entidades y actividades), así como otra información relevante para poner de manifiesto, de forma sintética, la distribución territorial de las actividades económicas y de los impuestos pagados en cada territorio por multinacionales que facturen más de 750 millones de euros al año.

En España la presentación de este informe es exigible para ejercicios iniciados a partir de 2016 para matrices residentes y para las filiales residentes que estén en los casos previstos en el artículo 13.1 del RIS⁶⁴⁷. Esta obligación no es exclusiva de España; será exigible como mínimo

⁶⁴⁴ Véase también GONZÁLEZ DE FRUTOS, U. y BURGOS GARCÍA, M.C.: El Informe País por País. En *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación. Comentarios, casos prácticos*. ISSN 1138-9540. Núm. 396, marzo de 2016.

⁶⁴⁵ Artículo 14 del Reglamento del Impuesto de Sociedades Redactado por Real Decreto 634/2015, de 10 de julio.

⁶⁴⁶ Directiva del Consejo que modifica la Directiva 2011/16/UE en lo que respecta al intercambio automático obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad. Bruselas, 25 de mayo de 2016 UE 2016/881

⁶⁴⁷ Este artículo contiene un regla de cierre, incluyendo entidades no residentes que hayan sido designadas para presentar el IPPP, filiales de matrices residentes en países donde no exista la obligación de presentar IPPP, o bien donde, existiendo, no se haya celebrado un acuerdo para el intercambio de la información, o bien, existiendo tal instrumento, no se cumpla.

Ubaldo González de Frutos

El Informe País-por-País en apoyo de una mayor equidad

en los países de la OCDE y del G-20 con un formato y condiciones muy similares porque se ha de ajustar al informe de la Acción 13 de BEPS⁶⁴⁸.

Con algunas variaciones, una obligación similar de desglosar datos por países existe a nivel europeo desde 2015 para las entidades de crédito, en virtud de la Directiva de Acceso y Supervisión Prudencial de Actividades Crediticias y Empresas de Inversión⁶⁴⁹, y existirá para las entidades de la industria extractiva y de explotación de bosques primarios cuando queden transpuestas las Directivas Contable⁶⁵⁰ y de Transparencia Contable⁶⁵¹.

Por consiguiente, el informe país por país, cuya idea surgió hace una década, es ya una realidad legal y, por tanto, podemos examinar su papel en la aplicación del sistema desde el punto de vista de la tutela de los derechos de jurisdicción, es decir, de la protección de las bases imponibles locales.

El capítulo se estructura en nueve apartados: tras la introducción (i) examinamos el concepto y clases del informe país por país (ii), para abordar luego su relevancia tanto para los proveedores de financiación –accionistas y acreedores— como para otros interesados en la información contable (iii). Echaremos la vista atrás para repasar la evolución histórica de esta idea, desde la campaña *Publish What You Pay* lanzada por una serie de ONGs en 2002 al Plan de Acción BEPS de la OCDE, pasando por la Iniciativa de Transparencia de la Industria Extractiva (ITIE), la Ley Dodd-Frank en EEUU, los proyectos de normas contables del IASB y las Directivas de la UE (iv). Nos detendremos en el alcance del IPPP como declaración fiscal (v) y sus posibilidades como documento contable (vi), en los efectos del IPPP sobre la equidad al garantizar una mejor aplicación de las normas sobre precios de transferencia, al condicionar las decisiones sobre la política de distribución de los beneficios entre las entidades integrantes del grupo (vii), así como en las expectativas de desarrollo futuro de este estándar (viii). Finalmente, aportamos nuestras conclusiones (ix).

⁶⁴⁸ OCDE. *Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, [en línea]. París, OECD Publishing, 2014. 49 pgs. ISBN 978-92-64-20780-6. Disponible en <http://dx.doi.org/10.1787/9789264207813-es> [consulta 25.1.2016]

⁶⁴⁹ Directiva 2013/36/UE, artículo 89: “Informes por país”, transpuesto en la legislación española en el artículo 87 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, sobre Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades de Crédito.

⁶⁵⁰ Directiva 2013/34/UE, Artículo 44: Informe consolidado sobre pagos efectuados a las Administraciones públicas.

⁶⁵¹ Directiva 2013/50/UE, artículo 6, Informe sobre pagos realizados a Administraciones Públicas.

9.2.- EL IPPP: CONCEPTO Y CLASES

El IPPP es, para Murphy⁶⁵², una idea muy simple. Se trata de que las multinacionales publiquen, como parte de sus cuentas anuales y para todas las jurisdicciones donde operen, una cuenta de pérdidas y ganancias y un balance simplificado, así como información sobre sus flujos de caja. Sería un complemento perfecto a las cuentas consolidadas, pues mientras éstas recogen las actividades de todo el grupo de compañías integradas en una multinacional en estados financieros únicos, permitiendo a los inversores comprender la posición del grupo en su conjunto y su rentabilidad al presentar una visión unitaria de la empresa; el IPPP en cambio la desagrega por territorios. No sería, por consiguiente, un sustituto para las cuentas consolidadas sino más bien un complemento.

Pero esta visión propone un IPPP como estado contable, es decir, con publicidad *erga omnes* en las condiciones previstas en la legislación mercantil. El IPPP de BEPS, en cambio es una información tributaria y por tanto tiene el mismo carácter reservado que cualquier otro estado informativo fiscal, pero podría en algún momento convertirse en un estándar incorporado a las Normas Internacionales de Contabilidad.

Ya antes de la Acción 13 del Plan BEPS⁶⁵³ existía una versión del IPPP en la legislación europea de las multinacionales financieras⁶⁵⁴ y de la industria extractiva⁶⁵⁵. La Acción 13 modifica la regulación de la documentación de precios de transferencia e incorpora el IPPP al Capítulo V de las Directrices sobre Precios de Transferencia⁶⁵⁶, con la recomendación de que sea obligatorio para las multinacionales cuya cifra de negocios supere los 750 millones de euros y se aplique a los ejercicios que comiencen a partir de 1 de enero de 2016⁶⁵⁷.

⁶⁵² Murphy sostiene que fue el primero en lanzar la idea, concretamente en 2003. MURPHY, Richard: *Country-by-country reporting. Accounting for globalization locally*. 2012 [en línea] Disponible en <http://www.taxresearch.org.uk/Documents/CBC2012.pdf> [consulta 16 febrero 2016].

⁶⁵³ OCDE: *Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting. Action 13. Final report*. OECD Publishing, Paris, 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241480-en>

⁶⁵⁴ Directiva 2013/36/UE *ut supra*

⁶⁵⁵ Directiva 2013/34/UE *ut supra*. También es obligatorio por disposición legal en Estados Unidos, si bien el desarrollo reglamentario de la norma está en suspenso.

⁶⁵⁶ OCDE: *Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias 2010*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid. 2013 DOI: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202191-es>

⁶⁵⁷ OCDE: *Country-by-Country Reporting Implementation Package*. 2015. [en línea] Disponible en <http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/beps-action-13-country-by-country-reporting-implementation-package.pdf> [consulta 16 febrero 2016]

Ubaldo González de Frutos

El Informe País-por-País en apoyo de una mayor equidad

La historia de este estándar se teje a partir de las propuestas de las ONGs, atendiendo a su maduración en la Iniciativa de Transparencia de la Industria Extractiva (ITIE) y a su recepción por parte de las organizaciones internacionales, y es reveladora de las dificultades que conlleva la promoción de la transparencia pues sus beneficios directos son difíciles de visualizar. Su desarrollo va ligado a dos objetivos: la reducción de la corrupción y la adecuación de la tributación de las multinacionales a la creación de valor. La mayor transparencia va a fomentar el autocontrol a través de la gestión de riesgos, riesgo financiero ante actuaciones de control de la Hacienda y riesgo de reputación por pérdida de confianza en la opinión pública, lo que debería redundar en una mejora del cumplimiento voluntario, sobre todo en los países en desarrollo. También la evolución pasada nos permite formular hipótesis sobre el desarrollo futuro del IPPP, que en modo alguno puede considerarse definitivo, ni en su aspecto de declaración fiscal, ni en su acepción de documento contable.

El IPPP que ha alumbrado la OCDE, al ser una declaración fiscal, tiene carácter reservado, siendo su único destinatario las administraciones tributarias y su finalidad exclusiva facilitar el análisis de riesgos. Por consiguiente, no hablamos de una norma contable que obligue a la publicidad general del IPPP, salvo en el caso de las industrias extractivas y financieras de la UE, donde la regulación existente sí puede considerarse de tipo mercantil y contable por el carácter público de los IPPP que propugna.

En general, pues, el IPPP es hoy un concepto en proceso de definición cuya andadura futura es incierta, y ya se han anunciado revisiones por parte de sus promotores. La OCDE ha anunciado que acometerá una revisión profunda en 2020⁶⁵⁸, y la UE hará lo mismo en 2018. La cuestión es si el regulador contable internacional acometerá la tarea de redactar una norma que se integre en las NIC-NIIF⁶⁵⁹.

El IPPP confronta dos visiones sobre la transparencia: la de las ONGs, que abogan por una transparencia total y reclaman la publicidad de estos datos como asunto de interés general, y la de las grandes empresas y de los reguladores contables, que sostienen que no existe un interés

⁶⁵⁸ OECD: Country-by-Country Reporting Implementation Package. 2015. [en línea] Disponible en <http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/beps-action-13-country-by-country-reporting-implementation-package.pdf> [consulta 16 febrero 2016]. Pg. 17

⁶⁵⁹ Hace una década el IASB acometió un proyecto para regular la contabilidad de la industria extractiva, en cuyo seno se consideró la inclusión del IPPP, al hilo de las propuestas de las ONGs. El proyecto de reforma quedó finalmente reducido a las políticas contables en la activación de gastos de investigación y evaluación de yacimientos petrolíferos y minerales que se plasmaron en la NIIF6, y el IPPP quedó fuera de su alcance.

Ubaldo González de Frutos

El Informe País-por-País en apoyo de una mayor equidad

social. Las organizaciones internacionales, junto con algunos gobiernos, están inclinando esta disputa hacia el lado del interés general, con normas como la Directiva de Divulgación de Información no Financiera y de Diversidad⁶⁶⁰, que abona la existencia de un interés general y de utilidad potencial para interesados cuya relación con las actividades económicas de la multinacional no es tan directa, como son las organizaciones de la sociedad civil, que podrían utilizar esta información para pedir responsabilidades. De particular utilidad son los datos para las administraciones públicas que ejercen funciones de control en materia social, medioambiental, etc., y sobre todo tributaria, pues tienen un claro interés en conocer la estrategia de cumplimiento fiscal de la multinacional, sus prácticas de precios de transferencia y el grado en que utiliza los paraísos fiscales.

Por su ámbito subjetivo, el IPPP puede ser sectorial, por ejemplo para la industria financiera (obligatorio en la UE), en la industria extractiva (Directivas de la UE y Ley Dodd-Frank en EEUU) maderera (pronto obligatorio en la UE), o bien de alcance general, como es la Acción 13 de BEPS. Puede abarcar a todas las multinacionales, o sólo a las que superen un umbral (750 millones de euros en nuestro caso) y obligar a todo tipo de entidades o sólo a las cotizadas (como en la Ley Dodd-Frank de EEUU). Por su ámbito material, el IPPP puede ser muy amplio, como propone Murphy⁶⁶¹, de tipo medio, como propugna la Acción 13, o mínimo, como es el del artículo 87 de la Ley de Entidades de Crédito. Desde otro punto de vista, puede estar auditado o no. En la UE no es obligatorio pero la Directiva Contable sugiere esta posibilidad⁶⁶².

9.3.- FINALIDADES DEL IPPP

El IPPP puede servir a una función privada, para la estimación del riesgo país para los inversores, o a una función pública, para facilitar la supervisión gubernativa así como una rendición de cuentas social, de acuerdo con la visión de las organizaciones de la sociedad civil. Este aspecto gana importancia con la creciente importancia de las multinacionales y con su modelo organizativo nuevo: las cadenas mundiales de creación de valor⁶⁶³.

⁶⁶⁰ Directiva 2013/34/UE

⁶⁶¹ Richard Murphy, 2012, *ut supra*

⁶⁶² Directiva 2013/34/UE, Considerando 52.

⁶⁶³ Las cadenas mundiales de creación de valor son sistemas de producción organizados a escala mundial que integran actividades económicas diversas (extractivas, manufactureras, comerciales, de gestión, distribución, investigación y desarrollo, atención post venta, etc.) llevadas a cabo por entidades pertenecientes al mismo grupo pero ubicadas en distintos territorios. Las CNCV sirven a las multinacionales para producir aprovechando las ventajas comparativas, las economías de escala, su

9.3.1.- El IPPP para los inversores: análisis del riesgo-país

Los inversores e intermediarios financieros necesitan información para evaluar los riesgos asociados al país, porque pueden ser determinantes para la sostenibilidad de su inversión. Los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE⁶⁶⁴ reconocen la importancia del riesgo país, que abarca varias modalidades: político (conflictos bélicos, revoluciones...), regulatorio (cambios en las condiciones de la inversión, subida impositiva, expropiación) y financiero (fundamentalmente, cambiario). Otros riesgos son menos evidentes: las tendencias de expansión geográfica de la empresa pueden servir a los inversores para estimar si la entidad aplica una política sostenible de diversificación. De particular importancia en relación al riesgo de reputación resultan la cadena de suministro⁶⁶⁵ y la planificación fiscal agresiva. Por otro lado, conocimiento sistemático de las distintas magnitudes por territorio es importante también para la propia multinacional, especialmente para su gestión de riesgos y el inventario de activos por jurisdicción ofrece la base para calcular los rendimientos relativos y así poder exigir responsabilidad a los gestores de los países donde la rentabilidad es inferior. Finalmente, la existencia de datos consistentes y comparables para distintas multinacionales permitiría establecer comparaciones en su desempeño.

9.3.2.- El IPPP para las Administraciones: evaluación del riesgo fiscal

La Hacienda Pública tiene obviamente un gran interés en conocer los negocios de la multinacional en su territorio para determinar su base imponible, donde los precios de transferencia son una de las claves. Hasta ahora, han satisfecho esta necesidad con el examen de los estados financieros de la filial, pero la solución es manifiestamente insatisfactoria porque falta la visión de conjunto sobre el grupo, lo que lleva a una deficiente estimación de los riesgos y, como consecuencia, a la sospecha permanente y al deterioro de las relaciones entre la Hacienda y la multinacional. El IPPP evita este problema facilitando la comprensión global de

posición dominante o simplemente las sinergias inherentes a la mera pertenencia a un grupo multinacional. La ventaja de las CMCV es que hacen innecesario crear cadenas de suministro en los países individualmente considerados, lo que provee a la multinacional de oportunidades para diversificar su producción y distribución, a la vez que permite a los países en desarrollo participar en la creación de valor a escala mundial sin necesidad de esperar a desarrollar competencias que abarquen toda la cadena productiva. Más detalles en el epígrafe 3 del Capítulo 4.

⁶⁶⁴ OCDE: *Principios de Gobierno Corporativo*. [en línea], 2004. Disponible en <http://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/37191543.pdf> [consulta 30 de enero de 2016], pg. 53

⁶⁶⁵ Por ejemplo, si hay proveedores que recurren a la explotación infantil.

Ubaldo González de Frutos

El Informe País-por-País en apoyo de una mayor equidad

las actividades productivas de la multinacional, facilitando la comprensión de los procesos de creación de valor y la importancia relativa de las aportaciones realizadas en la jurisdicción en cuestión.

Por añadidura, en la medida en que las multinacionales se autodisciplinen y ajusten la distribución de las bases imponibles a su mapamundi de creación de valor, los países en desarrollo deberían ver cómo se incrementa la contribución de las multinacionales. Ciertamente, la mayor transparencia debería asignar las bases a los territorios donde se genera el valor, lo cual es importante como mínimo para la industria extractiva, y equilibrar el ejercicio de los derechos de imposición por parte de las naciones, con ventajas para los países en desarrollo y progreso hacia una mejor justicia contributiva universal.

9.3.3.- La función social del IPPP

Pero las ventajas del IPPP van más allá del interés de los accionistas y de las Haciendas. El IPPP se encuadra entre las iniciativas encaminadas a brindar mayor transparencia a la información financiera porque la importancia económica de las multinacionales es insoslayable: las 200 de mayor tamaño totalizan una cifra de ventas equivalente a prácticamente el 30 por ciento del PIB mundial, y están establecidas en economías en desarrollo, emergentes e industrializadas. Según la OIT, aproximadamente el 80 por ciento de las actividades comerciales mundiales se producen entre grupos multinacionales⁶⁶⁶. Además, aunque pueda pensarse que el número de multinacionales no es tan amplio, en realidad existen en el mundo 65.000 matrices que poseen unas 850.000 filiales extranjeras, abarcando a todos los países del mundo⁶⁶⁷.

Hasta qué punto una entidad privada debe ser transparente no es una cuestión fácil de responder. La reserva sobre el *know how* u otros activos intangibles, o sobre la misma estrategia empresarial, puede ser necesaria para asegurar su competitividad. Sin embargo, hay buenas razones para defender la transparencia porque las multinacionales afectan a muchas personas más allá de los accionistas. Por eso, aunque incluso desde el estricto punto de vista del inversor la transparencia es deseable porque aumenta la confianza de los mercados de capital y por tanto la competencia, podemos concluir que existe un interés más amplio en conocer los datos de su

⁶⁶⁶ OIT : *Involucrar a las empresas multinacionales en la creación de más y mejores empleos* [en línea] 2013. Disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---multi/documents/publication/wcms_185357.pdf [consulta 16 febrero 2016]

⁶⁶⁷ UNCTAD: *Training Manual on Statistics for FDI and the Operations of TNCs*. [en línea]. Nueva York y Ginebra, 2009 Disponible en http://unctad.org/es/Docs/diaeia20092_en.pdf [consulta 25.1.2016]

Ubaldo González de Frutos

El Informe País-por-País en apoyo de una mayor equidad

actividad. La opacidad, por el contrario, puede albergar comportamientos poco éticos y destruir la integridad del mercado, en detrimento de la sociedad, sus accionistas, y la economía en su conjunto.

Los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE consagran la revelación de datos y la transparencia como uno de sus cinco principios. La información que la empresa ha de divulgar, dicen los Principios, debe ser amplia, incluyendo los resultados financieros y de explotación de la sociedad, sus objetivos, la composición de su accionariado, revelando la titularidad de los grandes grupos de acciones y de derechos de voto, las operaciones con partes vinculadas, los factores de riesgo previsibles y otras cuestiones relativas a los empleados y otras partes interesadas⁶⁶⁸. La transparencia es, pues, un principio básico reconocido internacionalmente, pero los *Principios* no constituyen una norma de obligado cumplimiento, sólo indicaciones a los países a la hora de dictar sus propias normas, como la última ley española⁶⁶⁹. Por añadidura, no es claro que la transparencia se predique en los *Principios* respecto del grupo multinacional, más bien parece se refiere las sociedades que lo integran. En suma, no ofrecen un fundamento suficiente para defender un IPPP, como es lógico dada la fecha en que se escribieron⁶⁷⁰, pero sí contiene las bases porque mencionan expresamente la publicidad sobre operaciones entre partes vinculadas⁶⁷¹ y el riesgo-país⁶⁷².

También las Directrices para Empresas Multinacionales⁶⁷³ buscan asegurar una conducta responsable y fomentar la contribución de las MNEs al progreso económico, medioambiental y

⁶⁶⁸ OCDE: *Principios de Gobierno Corporativo*. [en línea], 2004. Disponible en <http://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/37191543.pdf> [consulta 30 de enero de 2016], pg. 22

⁶⁶⁹ Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno Corporativo.

⁶⁷⁰ Los Principios datan de 1999 y fueron revisados ampliamente en 2004, cuando la idea del IPPP estaba en su infancia. En la actualidad se trabaja en una nueva revisión.

⁶⁷¹ “En este sentido, resulta esencial para la compañía revelar al mercado todos los detalles relativos a posibles operaciones materiales de partes vinculadas, ya sea de forma individual o en grupo, y con independencia de si se han llevado a cabo a precios y en condiciones normales de mercado”. OCDE, 2004, *ut supra*, pg. 53.

⁶⁷² “Los usuarios...precisan de información relativa a posibles riesgos... entre los que pueden citarse: los riesgos específicos de la industria o zonas geográficas en las que la sociedad desarrolla su actividad; la dependencia de determinadas materias primas; los riesgos de los mercados financieros, incluidos los tipos de interés y el riesgo cambiario; el riesgo asociado a las operaciones sobre derivados y las que no se registran en el balance; y los riesgos asociados a responsabilidades en el ámbito medioambiental”. (ibíd. Pg 53)

⁶⁷³ OCDE: *Líneas Directrices para Empresas Multinacionales*, Revisión 2011. [en línea] edición en español de 2013. Disponible en <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf> [consulta 25.1.2016]

Ubaldo González de Frutos

El Informe País-por-País en apoyo de una mayor equidad

social en todo el mundo, siendo hoy por hoy el único código de conducta empresarial acordado multilateralmente. Su última revisión, publicada en 2011, demuestra que la actividad de las multinacionales incide sobre campos tan diversos como la transparencia, los derechos humanos, el empleo y las relaciones laborales, el medioambiente, la lucha contra la corrupción, el soborno y la extorsión, la protección de los intereses de los consumidores, ciencia y tecnología, competencia, gobierno corporativo y tributación. En muchos de estos campos, si no en todos, la cuestión del territorio donde se generan las rentas es un dato de importancia insoslayable.

En el ámbito europeo, la Comisión estableció la responsabilidad social corporativa como una clave para el crecimiento europeo. Su Estrategia Renovada sobre la RSC la define por el impacto que las MNEs producen en la sociedad, y reconoce su naturaleza pluridimensional⁶⁷⁴. Habla además la Comisión de la buena gobernanza fiscal, que identifica con los principios de transparencia, intercambio de información y competencia leal en materia fiscal, invitando también a las empresas a que trabajen por la implementación de estos principios. En definitiva, viene de este modo la Comisión a avalar la transparencia como un principio básico de buena gobernanza fiscal que las empresas deberían aplicar voluntariamente, lo cual abona, aunque no de modo explícito, la idea del IPPP.

9.3.4.- El valor de la transparencia en los países ricos en recursos naturales

La transparencia es un valor en sí porque ataja la corrupción, pues las prácticas corruptas sólo caben en escenarios de opacidad. Por eso los paladines del IPPP pusieron en sus primeros años el foco en la industria extractiva como medio de luchar contra la llamada “maldición de los recursos naturales”⁶⁷⁵, que lleva a los países dotados de gran abundancia de recursos no

⁶⁷⁴ La Comisión cita los derechos humanos, las prácticas de trabajo y de empleo (como la formación, la diversidad, la igualdad de género y la salud y el bienestar de los trabajadores), las cuestiones medioambientales (como la biodiversidad, el cambio climático, el uso eficiente de los recursos, la evaluación del ciclo de vida y la prevención de la contaminación), la lucha contra el fraude y la corrupción, la participación de las comunidades locales y el desarrollo y la integración de las personas con discapacidad y los intereses de los consumidores, incluida la intimidad. UE: *Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas* [en línea]. 25 octubre 2011. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0681:FIN:ES:PDF>, [Consulta 25 de enero de 2016], pg. 8

⁶⁷⁵ También conocida como la *paradoja de la abundancia*, el concepto “maldición de los recursos naturales” designa la tragedia de ciertos países y regiones provistos de una abundancia de recursos naturales, especialmente de yacimientos minerales y petrolíferos, que a pesar de su riqueza, y en contra de toda intuición, experimentan menores tasas de crecimiento económico a largo plazo que

Ubaldo González de Frutos

El Informe País-por-País en apoyo de una mayor equidad

renovables, como el petróleo, los minerales o los diamantes, a experimentar un menor crecimiento del PIB a largo plazo, con pérdida del bienestar económico, conflictos sociales e incluso bélicos. La explicación de esta paradoja se relaciona con la corrupción y la mala gestión pública de los recursos naturales, en sistemas políticos débiles e ineficaces donde se produce impunemente la apropiación de las rentas por parte de las élites, en un marco de opacidad que oculta los pagos realizados por las multinacionales que los extraen. El problema se complica con el llamado “mal holandés”⁶⁷⁶, alusivo a la disminución de la competitividad de los sectores económicos no extractivos, que tiene lugar porque los ingresos de los recursos naturales causan la apreciación del tipo de cambio, restando competitividad a los otros sectores en cuanto se descubren importantes reservas minerales. Además, la alta volatilidad de los precios de las *commodities* en mercados internacionales causa tensiones macroeconómicas.

A la larga, los problemas económicos derivados de la abundancia de recursos naturales significan también una menor calidad democrática, porque los gobiernos pueden financiar programas sociales sin necesidad de acudir a la imposición, lo cual debilita el pacto social y genera gobiernos autoritarios e inestabilidad política, y normalmente corrupción. Además, las rentas de los recursos naturales no son, a diferencia de los recursos impositivos, fruto del esfuerzo social, y por tanto hay una propensión a que su retorno social sea también inferior⁶⁷⁷. La transparencia es el antídoto para estos males, aumentando la calidad democrática y la sostenibilidad económica de los países ricos en recursos. No se trata sólo de obligar a los gobernantes a rendir cuentas de la ingente cantidad de ingresos públicos derivados de la actividad extractiva, sino también de planificar a largo plazo teniendo en cuenta la evaluación y la valoración de las reservas existentes, su duración prevista y su potencial como fuente de ingresos para el país, al estilo de Noruega, notable excepción a la paradoja de los recursos naturales. La relación entre la industria extractiva y el IPPP es tan intensa que, como veremos

otros países sin esa riqueza de recursos naturales. AUTY, Richard: *Sustaining Development in Mineral Economies: The Resource Curse Thesis*. London, Routledge, 1993.

⁶⁷⁶ La apreciación del tipo de cambio de la divisa que se produce después del descubrimiento de importantes yacimientos minerales, y debilita la competitividad de las exportaciones en todas las industrias distintas de la extractiva. El nombre proviene de un artículo en *The Economist* que describía el fenómeno a propósito del descubrimiento en los Países Bajos de importantes yacimientos de gas natural. THE ECONOMIST, *The Dutch Disease*. 26 de noviembre de 1977, pgs. 82-83.

⁶⁷⁷ En Bolivia, Ecuador, México o Venezuela, por ejemplo, los ingresos públicos provenientes de los hidrocarburos oscilan entre el 25% y el 50%, pero estas rentas no se traducen necesariamente en financiación adicional para programas sociales. En efecto, en ninguno de estos países el gasto público es particularmente elevado, ubicándose en torno al 20% del PIB, en el promedio de América Latina, y muy por debajo de Brasil, donde el gasto público se acerca al 35% del PIB y se financia íntegramente con impuestos (Marcel, 2007).

más adelante, el IASB consideró en su momento la conveniencia del IPPP en el marco de sus trabajos sobre normas contables de la industria extractiva.

9.4.- HISTORIA DEL INFORME PAÍS POR PAÍS

La idea del IPPP tiene apenas algo más de una década, desde que las ONGs la lanzaron mediante la campaña *Publish What You Pay*, luego continuada por la Iniciativa de Transparencia de la Industria Extractiva (ITIE). A continuación examinamos los pasos más relevantes hasta el advenimiento de la Acción 13 de la OCDE, pronto incorporada a la Directiva de Cooperación Administrativa Mutua.

9.4.1 Publish What You Pay (PWYP): En 1999 se publicó el reportaje “un crudo despertar”⁶⁷⁸ analizando la responsabilidad de la industria petrolífera y bancaria en la guerra civil de Angola, un conflicto que se extendió a lo largo de 40 años. La tesis del reportaje era que la guerra civil se debía al saqueo de los fondos procedentes del petróleo por parte de las élites del país, del que las grandes compañías petroleras habían sido cómplices, y que eso sólo había sido posible gracias a la opacidad en la información financiera. El informe concluía con un llamamiento a las compañías petroleras de Angola: “*Publish what you pay*”.

A partir de ahí, una serie de ONGs lanzaron en 2002 la campaña “Publique lo que Paga” (PWYP) demandando a todas las multinacionales que explotaran recursos naturales hacer públicas sus cifras de pagos a los gobiernos extranjeros, sobre todo tratándose de países en desarrollo. A partir de una propuesta inicial circunscrita casi exclusivamente al Reino Unido, fueron sumándose organizaciones en otras latitudes, llegando a 60 países. El crecimiento se atribuye por la propia PWYP a la gran sed de cambio en los países en vías de desarrollo ricos en recursos ante el impacto devastador de la maldición de los recursos naturales⁶⁷⁹. La campaña fue precursora de otras en materia de buen gobierno societario, responsabilidad social corporativa y, en general, transparencia en la gestión de los recursos de las multinacionales. Aunque PWYP parece hoy superada, en 2012, con ocasión de la celebración de sus 10 años de antigüedad, se relanzó con un planteamiento renovado en la llamada “Visión 2020”.

⁶⁷⁸ GLOBALWITNESS: “A crude awakening” [en línea], reportaje de 1 de diciembre de 1999. Disponible en <https://www.globalwitness.org/library/crude-awakening> [consulta 20 febrero 2016]

⁶⁷⁹ PUBLIQUEN LO QUE PAGAN: Historia [en línea]. Disponible en <http://www.publishwhatyoupay.org/es/about/historia> [consulta 21 de febrero de 2016]

9.4.2 La Iniciativa de Transparencia en la Industria Extractiva. No obstante, el liderazgo corresponde a la ITIE. Concebida inicialmente como una prolongación de PWYP, la ITIE se gestó en una Conferencia organizada en 2003 por el gobierno del Reino Unido. En la Casa Lancaster de Londres se dieron cita un buen número de representantes gubernativos, de organizaciones internacionales, empresas privadas y ONGs para dotar de un marco institucional a las demandas de mayor transparencia. En un proceso relativamente lento, se llegó al acto formal de constitución como persona jurídica de la ITIE en la Conferencia Global de Doha en 2009. La ITIE cuenta hoy con un secretariado permanente para vigilar la implementación del estándar, que se basa en el principio fundamental de que la riqueza proveniente de los recursos naturales de un país debe beneficiar a todos los ciudadanos del mismo, lo cual sólo se puede conseguir con altos estándares de transparencia y de rendición de cuentas.

Siendo su objetivo la mejora de la transparencia en los países con abundancia de recursos naturales, el instrumento es la revelación de la información relativa a las fuentes de los recursos financieros generados por los yacimientos no renovables y a los objetivos a que se aplican. Desde que la primera Conferencia de la ITIE en 2003 aprobó sus principios rectores, hasta hoy, el estándar de transparencia de la ITIE ha evolucionado notablemente. Se compone de unos Principios y de una serie de reglas técnicas para garantizar que todos los países miembros se comprometan a un nivel mínimo de transparencia a la hora de que las empresas informen de los pagos al gobierno y de que los gobiernos den cuenta de los pagos recibidos.

Tras la experiencia de 10 años de su aplicación, la ITIE recibió el apoyo del G8 en Loch Erne en junio de 2013, y varios países industrializados⁶⁸⁰ la respaldaron solicitando su ingreso, mientras otros países desarrollados manifestaron también su apoyo expreso aun sin ingresar como miembros⁶⁸¹. También en 2013 se lanzó una revisión profunda del estándar para hacerlo más sencillo y aplicable⁶⁸², con una metodología más robusta para garantizar la transparencia y a la

⁶⁸⁰ Reino Unido, Estados Unidos, Francia e Italia

⁶⁸¹ Australia, Alemania, Bélgica, Canadá, Catar, España, Finlandia, Países Bajos, Rusia, Suecia, Suiza y Japón, que en distinto grado apoyan la Iniciativa.

⁶⁸² Se simplificaron los requisitos, pasando de 21 normas a 7, y se estableció la obligación de que los datos publicados sean susceptibles de lectura magnética para facilitar los análisis por todas partes interesadas.

Ubaldo González de Frutos

El Informe País-por-País en apoyo de una mayor equidad

vez, para mantener comparabilidad internacional entre los diversos países adheridos⁶⁸³, permitiendo establecer paralelismos.

La nueva versión incluye una Declaración de Principios, un conjunto de “guías para los informes financieros” así como sus “Seis Criterios”, que representan el estándar mínimo para garantizar la transparencia en la industria extractiva y mejorar la gobernanza de los recursos naturales en los países en desarrollo⁶⁸⁴. La ITIE se aplica país por país, y la decisión política de aplicarla incumbe al Gobierno, que decide la adhesión. Una vez adoptada esta decisión política, en el país se crea un Grupo de Multipartícipes responsable de la gobernanza de la ITIE a nivel local. Una vez que el Grupo ha fijado la estrategia nacional, las industrias extractivas quedarán sujetas a la reglas de transparencia, teniendo en cuenta los umbrales cuantitativos y de relevancia definidos por el propio Grupo, y en consecuencia obligadas a publicar los pagos a los gobiernos, quedando también obligados éstos a publicar lo que reciben.

El marco conceptual de la ITIE se aplica a todos los pagos a entidades públicas por las actividades de producción petrolífera o gasística *upstream* y por extracción de recursos minerales. En consecuencia, define los tipos de pagos que van a ser incluidos, aunque los umbrales mínimos y los períodos de declaración se remiten a la decisión de cada país. Es igualmente obligatoria la publicidad sobre la titularidad de licencias mineras o de explotación de hidrocarburos, preferiblemente mediante un registro público o, en su defecto, mediante los informes de la ITIE. La ITIE entronca directamente con las iniciativas de transparencia norteamericana y de la UE centradas en la industria extractiva, como veremos enseguida. Por tanto, su influencia en el IPPP es definitiva.

9.4.3 Comunicación de la Comisión sobre Buena Gobernanza Fiscal: La primera vez que la Comisión Europea mostró una preocupación pública por el IPPP país fue el 28 de abril de 2009, con ocasión de su Comunicación relativa al Fomento de la Buena Gobernanza en el Ámbito Fiscal⁶⁸⁵, sugiriendo medidas concretas para promover los principios de buena gobernanza en el

⁶⁸³ Actualmente son 28: Burkina Faso, Camerún, Costa de Marfil, Guinea Ecuatorial, Gabón, Ghana, Guatemala, Guinea, Kazajistán, Kirguistán, Liberia, Madagascar, Malí, Mauritania, Mongolia, Nigeria, República Centroafricana, República del Congo, República Democrática del Congo, Noruega, Perú, Santo Tomé y Príncipe, Sierra Leona, Tanzania, Timor Oriental, Trinidad y Tobago, Yemen y Zambia.

⁶⁸⁴ EITI: El Estándar del EITI, versión revisada. [en línea]. Disponible en https://eiti.org/files/Spanish_EITI_STANDARD.pdf [consulta en 21 de febrero de 2016]

⁶⁸⁵ COMISIÓN EUROPEA: Comunicación relativa al Fomento de la Buena Gobernanza en el Ámbito Fiscal [en línea], 21 de abril de 2010. Disponible en <http://eur->

Ubaldo González de Frutos

El Informe País-por-País en apoyo de una mayor equidad

ámbito tributario, lo que incluye la transparencia, el intercambio de información y la competencia fiscal desleal, tanto dentro de la Unión Europea como con respecto a países terceros.

Se lamentaba en su Comunicación la Comisión de la inexistencia de un estándar internacional que exigiera a las empresas multinacionales desvelar sus datos financieros desglosados por países, pues esto “*les permite intentar reducir sus obligaciones fiscales en los países en desarrollo, sobre todo a través de prácticas de fijación de precios de transferencia*”⁶⁸⁶. La Comisión recordaba que la transparencia internacional en asuntos financieros y fiscales es una meta apoyada por el G20, y pedía a las instituciones internacionales de normalización contable que presentaran un único grupo de normas contables mundiales de elevada calidad⁶⁸⁷.

Es en este contexto donde la Comisión sugería que, como forma de paliar la evasión y el fraude fiscal internacional, reforzar la transparencia, y facilitar el acceso a los datos necesarios por parte de las administraciones fiscales de los países en desarrollo, se adoptase una norma de información desglosada por países que obligase a las multinacionales establecidas en los países en desarrollo a ser más transparentes. La declaración de la Comisión fue un avance muy importante por dos motivos: en primer lugar, la demanda de información desglosada por países no se limitaba ya a la industria extractiva, dándole un alcance más general, y en segundo lugar hacía un llamamiento a la normalización contable mediante una NIC.

9.4.4 Proyecto de norma sobre la industria extractiva por el IASB: Las actividades extractivas no sólo carecen de una regulación contable especial sino que están frecuentemente excluidas del ámbito de aplicación de otras normas importantes, lo que las deja en una situación de incertidumbre. Para solucionar esta carencia, el IASC, antecesor del IASB, lanzó un proyecto de reforma el 30 de noviembre de 2000, organizando un subcomité⁶⁸⁸ sobre la contabilidad de las industrias extractivas. El subcomité se dedicó a varios temas, incluyendo el cálculo de reservas y recursos, los conceptos de medición de activos basados en el método histórico y en otros métodos de valoración, el tratamiento o de los costes de restauración y de

lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0163:FIN:ES:PDF [consulta de 21/2/2016]

⁶⁸⁶ Comisión Europea, 2010, *ut supra*, pg. 6.

⁶⁸⁷ La Comisión también mostraba su apoyo a las tareas de investigación realizadas por el Consejo de las Normas Internacionales de Contabilidad (IASB), que a la sazón contemplaba la posible inclusión del IPPP en una Norma de Información Financiera Internacional para las Industrias Extractivas.

⁶⁸⁸ integrado por funcionarios de los institutos contables de Australia, Canadá, Noruega y Sudáfrica.

Ubaldo González de Frutos

El Informe País-por-País en apoyo de una mayor equidad

desmantelamiento, la atribución de rentas, la valoración de inventarios y de los contratos para compartir riesgos y costes. Pese a lo ambicioso del proyecto, se concretó finalmente sólo en la contabilidad de los gastos de exploración y evaluación incurridos en la búsqueda de minerales, petróleo, gas natural y recursos similares no renovables, realizada una vez que la entidad ha obtenido derechos legales para explorar en un área determinada⁶⁸⁹.

La NIIF6 permite elegir la política contable para los gastos de exploración y evaluación cuando aplican por vez primera las normas internacionales de contabilidad, sin necesidad de aplicar los requisitos de los párrafos 11 y 12 de la NIC 8. De este modo, una entidad que haya adoptado la NIIF 6 puede continuar usando las prácticas contables que venía aplicando con anterioridad⁶⁹⁰. Pero los trabajos que finalmente acabarían por plasmarse en la NIIF6 eran mucho más amplios y buscaban dar respuestas contables adecuadas a la especial naturaleza de los activos que se generan en el proceso de extracción, como son los derechos de acceso y la información sobre los yacimientos minerales.

El IASB publicó un borrador para información pública a partir de estos trabajos⁶⁹¹, a lo que siguió un análisis de los comentarios en octubre del mismo año. El proyecto de la Industria Extractiva marchaba a buen ritmo, pero en 2012 se dejó en suspenso en favor de otro sobre activos intangibles, donde estarían comprendidos los derechos de acceso y la información sobre los yacimientos minerales. Sin embargo, el Borrador de 2010 tiene un extraordinario valor a efectos del IPPP porque contiene el único análisis publicado por el IASB sobre el particular. Se contenía en el Capítulo Sexto y era una respuesta a las propuestas que a la sazón realizaban PWYP e ITIE. En particular, discutía la propuesta de que las compañías extractivas declarasen en sus estados contables los pagos hechos a los países anfitriones, que deberían ser clasificados

⁶⁸⁹ Los gastos para determinar la viabilidad técnica y comercial de la extracción de recursos minerales se pueden reconocer como activos materiales de acuerdo con la NIC 16 (Propiedad, planta y equipamiento) o como intangibles bajo la NIC 36, dependiendo de las políticas contables aplicadas por la entidad. Pues bien, la NIIF6 (Exploración y Evaluación de Recursos Minerales), que se gestó entre el año 2000 y 2006, prácticamente se limitó a ratificar esta dicotomía y a permitir a las empresas extractivas continuar con sus prácticas contables previas a la adopción de las Normas Internacionales de Contabilidad.

⁶⁹⁰ La NIIF6 es claramente continuista. Cortese, Irvine y Kaidonis analizaron el proceso seguido por el Subcomité para elaborar el estándar sobre las industrias extractivas de la NIIF6 y sostienen que las industrias se alinearon con las Cuatro Grandes para que el nuevo estándar no fuera más allá de las prácticas habituales en la industria. CORTESE, Corine, IRVINE, Helen. y KAIDONIS, Mary: Powerful players: how constituents captured the setting of IFRS6, a standard for the extractive industries. En *Accounting Forum*, 34(2). Junio de 2010, pgs. 76-88

⁶⁹¹ IASB: *Discussion Paper DP/2010/1, Extractive Industries*. [en línea] 2010. Disponible en <http://www.criirco.com/dpextractiveActivitiesApr10.pdf> [consulta 21 de febrero de 2016]

Ubaldo González de Frutos

El Informe País-por-País en apoyo de una mayor equidad

país por país. Además, PWYP también proponía la publicidad de otro tipo de información país por país, entre ellas la cantidad de reservas, las cantidades producidas, los ingresos y los costes incurridos en el desarrollo de la producción en cada Estado, de suerte que los ciudadanos en países de abundantes recursos naturales pudieran hacer lo que ahora se denomina “auditoría social”, comparando esta información y exigiendo responsabilidades a sus gobiernos.

Algunas entidades publican esta información, pero lo hacen en sus informes de responsabilidad social corporativa o de sostenibilidad, lo cual plantea problemas porque la información se publicará de forma voluntaria, y por ende algunas entidades lo publicarán y otras no, en detrimento de la veracidad y de la comparabilidad, porque no estará sometida a un estándar normalizador, por tanto será difícil o imposible compararla y, finalmente, porque no estará sometida a auditoría, por lo que la información será de segunda calidad, menos fiable que la información contenida en estados financieros.

Los expertos del IASB analizaron hasta qué punto esa publicidad en estados financieros era consistente con los objetivos generales de la contabilidad financiera, y si resistía un análisis coste-beneficio. El IASB llegó a la conclusión de que los inversores y los ciudadanos de los países ricos en recursos y las ONGs no tienen el mismo interés en la información contable, pues las ONGs tienen como finalidad exigir responsabilidades al gobierno mientras que los inversores quieren determinar la exposición de la entidad al riesgo país y al de reputación. En su opinión, el marco General de la contabilidad permite distinguir estas dos clases de usuarios de la contabilidad financiera: los proveedores de capital, es decir, socios, prestamistas y otros acreedores, mientras que la categoría de segundo rango agrupa a proveedores, clientes, empleados y gobiernos, para los cuales no está necesariamente concebida la contabilidad⁶⁹². Por tanto, el IASB decidió examinar la cuestión del estándar contable sólo desde el punto de vista de los proveedores de capital, en particular determinando si sería útil para evaluar los flujos de caja futuros y los riesgos que les afectan. Para el IASB en el informe país por país sólo sería recomendable si (1) ayudase a los proveedores de capital a tomar decisiones, (2) si se pudiera entender que está razonablemente amparado dentro de la definición de las funciones de los estados financieros y, por último, (3) si es razonable en función de la relación coste-beneficio.

Hasta qué punto la información específica por país es importante para los inversores depende de la importancia relativa, en términos cuantitativos, de las inversiones de la multinacional en el

⁶⁹² Argumento después negado por Murphy (2012).

país de que se trate. En este sentido, la conclusión del IASB era que el IPPP puede cumplir una función a la hora de determinar cuáles son los países donde el riesgo-país sea significativo. Para ello, sería importante publicar la cantidad de reservas en el país, los cánones o primas pagadas y las rentas generadas, así como los costes de desarrollo y de exploración, que son un indicador sobre los flujos de caja futuros. La diferencia entre los inversores y las ONGs en este punto es que mientras que los contables exigen la publicación de datos relevantes, en cambio las ONGs abogan por la publicidad sin atender al principio de importancia relativa.

Como conclusión, el IASB entendía que el IPPP sería útil cuando la información fuera relativamente importante para la entidad, especialmente si se trata de cantidades de reservas, cantidades producidas y costes de desarrollo y producción, pues eso ayudaría a estimar el riesgo país. También apoyaba el IASB la información sobre la relación de las filiales más importantes. Sin embargo, también entendía que el coste es demasiado alto en relación con la utilidad para los inversores, pues sólo utilizan esta información para evaluar los riesgos-país y los de reputación. En definitiva, concluía, serían necesarios más estudios para determinar si la información se justifica sobre análisis de coste-beneficio.

9.4.5 La ley Dodd-Frank y la transparencia en la industria extractiva. Esta ley, en vigor desde julio de 2010, importó en Estados Unidos los conceptos de la transparencia de la industria extractiva, obligando a las entidades negociadas en mercados norteamericanos a informar de los pagos hechos a los gobiernos extranjeros. La Ley Dodd-Frank es amplia y de contenidos variados, siendo concretamente la norma de transparencia la ubicada en la Sección 1504, conocida también como “norma de transparencia de Cardin-Lugar” por el nombre de los legisladores que la inspiraron⁶⁹³. La norma modifica el artículo 13 de la Ley de Bolsa y Valores de 1934 para obligar a las empresas petrolíferas, gasísticas y mineras negociadas en mercados norteamericanos⁶⁹⁴ a presentar un informe anual a la SEC (CNMV norteamericana) en que revelen los pagos efectuados por la extracción de recursos naturales, proyecto por proyecto, a gobiernos extranjeros.

La aplicación de la ley quedaba supeditada al desarrollo reglamentario, encomendado a la SEC. La SEC promulgó el reglamento el 22 de agosto de 2012, pero el Instituto Americano del

⁶⁹³ La enmienda fue propuesta por el senador Patrick Leahy, pero se basaba en la Ley “A la seguridad energética Mediante la Transparencia” (*Energy Security through Transparency Act*), aprobada en 2009, y promovida por los senadores Richard Lugar (Republicano) y and Ben Cardin (Demócrata).

⁶⁹⁴ Incluye 8 de las 10 empresas mineras y 29 de las 32 petrolíferas de mayor tamaño activas en el mundo.

Ubaldo González de Frutos

El Informe País-por-País en apoyo de una mayor equidad

Petróleo consiguió que el Juzgado de Distrito de la capital federal primero suspendiese su aplicación y luego devolviese el reglamento a la SEC para que volviera a dictarlo. El argumento de las compañías petrolíferas, que estimó el tribunal, es que algunos países anfitriones prohíben que se publique esta información, por lo cual las compañías estarían en un conflicto entre dos legislaciones⁶⁹⁵. En consecuencia la norma de transparencia americana sigue suspendida, esperando a que la SEC dicte nuevas normas.

La ley Dodd-Frank refuerza a la ITIE al obligar a las compañías que se financian en mercados norteamericanos a cerrar el círculo, publicando los datos también en el país de los inversores. En su momento, cuando se levante la suspensión, las industrias extractivas deberán presentar un informe ante la SEC con los pagos realizados por la compañía, sus filiales o las entidades que controle, aunque está en discusión también si dicho informe debe ser facilitado al público o no.

En la definición de los pagos, la ley Dodd-Frank se remite expresamente a las directrices de la ITIE en la medida de lo posible, dotándole de mayor consistencia. El Reglamento de aplicación de 2012 también especificaba el concepto de Gobierno extranjero, incluyendo las entidades públicas de ámbito territorial inferior al nacional, y contenía un umbral mínimo de cien mil dólares, en un solo pago o en una serie de ellos. Al igual que la ITIE, el Reglamento exigía que las declaraciones se hagan en lenguaje xBRL, y daba un plazo de declaración de 150 días después del cierre del ejercicio.

La Sección 1504 de la Ley Dodd-Frank constituye, por consiguiente, un importante avance en el camino de la información país por país por haberse situado en el corazón mismo de Wall Street, pero tiene tres limitaciones importantes: en primer lugar su vigencia, al hallarse suspensa por decisión judicial, en segundo lugar porque sólo abarca a las entidades extractivas, y finalmente porque sólo comprende los pagos a los gobiernos, dejando al margen la información sobre la aplicación de factores de producción en cada país y los resultados económicos obtenidos.

9.4.6 La respuesta de la UE: En los primeros tiempos, el Consejo Europeo de junio de 2010 apoyó el IPPP, pidiendo a las instituciones de la UE y a sus Estados miembros que intentaran explorar este informe como un posible nuevo estándar para las entidades multinacionales, invitando a la vez a la OCDE a continuar los trabajos que venía realizando sobre el particular, e

⁶⁹⁵ El IAP citaba el caso de Angola, aunque *Publish What You Pay* deniega la veracidad de estos argumentos (<http://www.publishwhatyoupay.org/about/stock-listings/cardin-lugar-amendment-dodd-frank-1504>).

Ubaldo González de Frutos

El Informe País-por-País en apoyo de una mayor equidad

incorporarlo a sus Principios de Gobierno Corporativo y a la Declaración sobre la Corrección, Integridad y Transparencia en la Conducción de los Negocios y las Finanzas Internacionales. El Consejo instaba también a los Estados miembros a apoyar las consultas llevadas a cabo por el IASB sobre la incorporación del IPPP en la NIC 6, al menos para el sector extractivo, así como invitar al IASB a explorar las posibilidades de ir más allá del sector extractivo.

El 22 de septiembre de 2010, apenas dos meses después de entrar en vigor la ley Dodd-Frank, la Comisión y el Parlamento Europeo acordaron evaluar las posibilidades de exigir una declaración país por país a nivel europeo. El objetivo sería ayudar a los inversores a entender mejor y valorar las actividades de las multinacionales en los distintos países donde operan y mejorar la transparencia sobre los flujos de capitales, incluyendo expresamente la mejora del cumplimiento tributario.

El primer paso fue convocar una consulta pública por la Dirección General del Mercado Interior (UE, 2010), para mejor conocer la opinión de los interesados acerca de la posibilidad de obligar a las multinacionales a declarar, como parte de sus cuentas anuales, información financiera sobre sus operaciones en terceros países⁶⁹⁶. Las 73 respuestas recibidas durante las diez semanas que duró la consulta abarcaban un amplio abanico de intereses. La mayoría provenían de profesionales de la contabilidad, aunque también estaban representados los usuarios, autoridades públicas, organismos de normalización contable y organizaciones no gubernamentales. Los profesionales de la contabilidad mostraron, como cabía esperar, su oposición a la idea, mientras que los usuarios generalmente la apoyaron. En lo que respecta a la industria, en contra de lo que podría esperarse, el sector más afectado, en particular la industria petrolífera y gasística, expresó en general una opinión constructiva, entendiendo que un estándar como el que se planteaba mejoraría la transparencia y la gobernanza en los países ricos en recursos, coincidiendo por tanto con las ONGs⁶⁹⁷.

⁶⁹⁶ En el momento de producirse esta consulta la única obligación que tuviera algo que ver con esta publicidad en las Directivas Contables era la obligación que pesaba sobre las entidades emisoras de valores de incluir a las filiales y a las entidades controladas dentro de los estados consolidados, pero en ningún momento desglosando la información por países. UE: *Consulta pública de la D.G. del Mercado Interior*, 2010 [en línea], Disponible en http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2010/financial-reporting/consultation_document_en.pdf [consulta 21 de febrero de 2016]

⁶⁹⁷ UE: Consulta pública DG del Mercado Interior. Análisis de respuestas. 2011. [en línea], Disponible en http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2010/financial-reporting/consultation_summary_en.pdf [consulta 21 de febrero de 2016]

Ubaldo González de Frutos

El Informe País-por-País en apoyo de una mayor equidad

La cumbre celebrada en Dauville–Francia, en mayo de 2011, se hizo eco también del IPPP y en su documento de conclusiones los Jefes de Estado invitaron a las empresas a declarar de forma voluntaria y exhortaron a los países y las organizaciones internacionales a dictar normas de transparencia o estándares voluntarios que requieran o inviten a las empresas petrolíferas mineras o gasísticas a declarar los pagos que hagan a los gobiernos.

Posteriormente, en 2013, el G-8 expresaría también su apoyo explícito al proyecto BEPS de la OCDE, cuya Acción 13 ha propiciado el desarrollo de un formato común para que las multinacionales hagan públicos sus datos país por país. Completando este recorrido, la Directiva de 25 de mayo de 2016 introdujo el IPPP en la legislación comunitaria mediante una modificación de la Directiva 2011/16/UE incorporando el IPPP como una de las modalidades de intercambio automático de información.

9.4.7 La Directiva Contable sobre Declaración de Pagos a los Gobiernos por las Industrias Extractivas y Forestales⁶⁹⁸. Con estos antecedentes, el Parlamento Europeo requirió a la Comisión para que presentase una propuesta de Directiva para la declaración de pagos realizados a gobiernos por industrias del sector extractivo. El estudio de impacto explica por qué es necesaria la actuación pública, y es que las multinacionales podían tomar en cualquier momento la decisión voluntaria de revelar la información país por país, pero en realidad muy pocas lo hacían. Ciertamente, la ITIE cubre este objetivo, pero en 2011 tan sólo nueve de los cincuenta países ricos en petróleo y recursos minerales formaban parte de ella, y tan sólo había un país que informase de los pagos relacionados con las actividades forestales.

Los datos del volumen de recursos en juego justificaban también la acción pública⁶⁹⁹, lo que animaba a la Comisión a seguir con su iniciativa, con el objetivo primario de “aumentar la transparencia de las operaciones de las multinacionales mediante un informe país por país que sirva para ofrecer los datos a la sociedad civil y así aumentar el control sobre los ingresos de los gobiernos procedentes de la explotación de recursos naturales”. Lógicamente, la Directiva se

⁶⁹⁸ Directiva 2013/36/UE.

⁶⁹⁹ En un informe publicado por la ITIE con datos de once países, se ofrecía una cifra agregada de 43.000 millones de dólares recaudados por recursos naturales en petróleo, gas natural, minería y explotación forestal. Como media, esos pagos representaban el 11,5% o del PIB de los mencionados países. La Comisión, extrapolando datos, calculó que el volumen de recursos públicos (incluyendo impuestos, bonos y cánones) procedentes de las empresas petrolíferas y gasísticas negociadas en mercados de la Unión Europea habría alcanzado 362.000 millones de dólares en 2009. *Ibid.* UE, Consulta pública, 2011.

Ubaldo González de Frutos

El Informe País-por-País en apoyo de una mayor equidad

limita a las multinacionales negociadas en mercados regulados de la Unión Europea, pero la Comisión decidió incluir los bosques primarios junto a otras las industrias extractivas⁷⁰⁰.

En el estudio de impacto se preguntó también la Comisión por los costes que comportaría para las empresas cumplir la nueva obligación. En concreto, para las 614 empresas es que en principio se verían afectadas (incluyendo 171 entidades cotizadas, 414 grandes empresas no cotizadas y 26 seis en el sector forestal primario), se alcanzaría un coste de implementación el primer año de 1.145 millones de euros, bajando en ejercicios posteriores a 297. La Comisión también analizó el coste medido en términos de pérdida de competitividad si las empresas europeas se ven obligadas a revelar los datos de sus pagos a los gobiernos y otras en cambio están exentas, pero concluyó que no es posible dar una valoración económica a esta pérdida de competitividad. Razonaba la comisión que la competitividad de las empresas europeas debería estar más en la ingeniería y el *know how* que en la opacidad de sus transacciones, y que además una mayor transparencia significa mitigar los riesgos del daño a la reputación.

Tras la tramitación por la Comisión, el Consejo y el Parlamento, se aprobó finalmente la Directiva⁷⁰¹, que también simplifica las obligaciones contables para PYMES. El IPPP ha de desglosar los datos por país y por proyecto⁷⁰². Igual que la Ley Dodd-Frank, se alinea con los principios y criterios de la ITIE, facilitando su aplicación en los países donde se extraen los recursos no renovables y la explotación maderera de bosques primarios. El umbral de 100.000 euros anuales por país también recuerda a los 100.000 dólares de la Ley americana. El IPPP de la Directiva tiene como destino ser publicado, lo que se hace con arreglo a lo dispuesto en la legislación de cada Estado Miembro, excepto que cumpla los requisitos de información de un tercer país y estos han sido declarados equivalentes a los requisitos establecidos en la Directiva, en cuyo caso la empresa queda exceptuada la obligación de publicarlo, provisión que indirectamente se refiere a la ITIE. En conclusión, aunque está pendientes de transposición, existe también en Europa la obligación de declarar, país por país, los pagos realizados a los gobiernos en conexión con sus actividades en la industria extractiva o de bosques primarios.

⁷⁰⁰ A causa del Reglamento (UE) 995/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, que establece las obligaciones de los agentes que comercializan madera y productos de la madera, para facilitar que los importadores de maderas garanticen la procedencia legal de las mercancías.

⁷⁰¹ Directiva 2013/36/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio.

⁷⁰² Entendiendo por tal el conjunto de actividades operativas bajo un único contrato, licencia, arrendamiento, concesión o acuerdo jurídico similar, salvo que varios de estos acuerdos están sustancialmente interconectados, en cuyo caso se considerarán como un solo proyecto.

9.4.8 La Directiva de Solvencia de 2013 y la Ley 10/2014 de Ordenación y Solvencia de las Entidades de Crédito.

La Directiva Europea de Requisitos de Capital⁷⁰³ incluye entre los requisitos de mayor transparencia para las entidades financieras y de inversión europeas un “informe por país”, ampliando así el ámbito subjetivo del IPPP en Europa. Las negociaciones del Bloque de Capital IV habían comenzado en 2009, pero la provisión que refuerza la transparencia sólo se incluyó en el último momento, de manera que se negoció en apenas cuatro meses. El proyecto finalmente se transformó en Directiva en junio de 2013 e incorporaba en su artículo 89 los “Informes por país”. La Directiva obliga a los Estados miembros a exigir a todas las entidades financieras a exigir la publicación, a partir del 1 de enero de 2015, de una serie de datos en base consolidada anual, desglosando sus actividades por Estado miembro y por tercer país en donde estén establecidas.

Están obligados a presentar esta declaración los bancos y las sociedades de inversión, tanto si el grupo tiene matriz europea como si son grupos extranjeros con filiales en la UE. El objetivo de esta legislación, primordialmente dirigido a implementar Basilea III a nivel europeo, incluye una serie de medidas destinadas a paliar las debilidades del mercado financiero puestas de manifiesto en la crisis de 2008. El objetivo final es reducir la exposición al riesgo de las entidades bancarias en la Unión Europea, y el rol de la transparencia es importante en este sentido porque los bancos necesitan recuperar la confianza de los ciudadanos. La Exposición de Motivos destaca que una mayor transparencia sobre las actividades de las entidades financieras, en particular sobre sus beneficios, impuestos pagados y ayudas públicas recibidas, es esencial para la confianza de los ciudadanos de la Unión en el sector financiero. Por tanto, la obligación de presentar estas declaraciones es un elemento importante del progreso hacia la responsabilidad corporativa de las instituciones financieras no sólo para sus socios sino para otros interesados y para la sociedad en General.

A efectos de la publicidad del “informe por país”, la Directiva distingue entre un bloque de información menos sensible y otro que todavía no ha decidido hasta qué punto vaya a hacerse público. Ciertamente, todas las entidades de importancia sistémica a escala mundial autorizadas en la Unión, e identificadas a nivel internacional, han debido ya publicar los datos sobre

⁷⁰³ Directiva 2013/36/UE, que junto con el Reglamento (UE) 575/2013 integra el paquete “CRD IV” sobre normativa de solvencia de entidades de crédito, conocido también como Acuerdo de Basilea III, destinado a poner en marcha un nuevo marco prudencial global tras la crisis financiera de 2008.

Ubaldo González de Frutos

El Informe País-por-País en apoyo de una mayor equidad

denominación, ubicación geográfica, volumen de negocio y número de trabajadores desde el 1 de julio de 2014, de acuerdo con el artículo 89.2 de la Directiva. En cambio, para la información financiera más sensible (resultado bruto antes de impuestos, impuestos sobre el resultado y subvenciones públicas recibidas) la obligación no es dar publicidad a estos datos, sino sólo suministrarla a la Comisión con carácter confidencial. La Comisión está estudiando, en consulta con las entidades representativas del sector, el destino de esta información, teniendo en cuenta las posibles consecuencias económicas negativas de su divulgación, incluidas sus repercusiones sobre la competitividad, la disponibilidad de inversiones y crédito y la estabilidad del sistema financiero⁷⁰⁴.

Las razones a favor son que los inversores tendrán mejores elementos a la hora de tomar decisiones informadas sobre el destino de sus fondos, y podrán exigir mejor las responsabilidades que procedan. El IPPP ha de facilitar también la gestión del riesgo-país a las entidades que tienen obligación de presentarlo. Limita de esta forma el riesgo de reputación y otorga mayor estabilidad al sector financiero en su conjunto. Además, una información de mayor calidad debería llevar a una reducción en el coste del pasivo, lo que significaría menores intereses en los créditos a empresarios y familias. Otra ventaja es que las entidades financieras tendrán dificultades para esconder los problemas de gestión en territorios específicos cuando éstos aparezcan.

La Directiva fue transpuesta al ordenamiento español mediante el Real Decreto-ley 14/2013 para los aspectos más apremiantes, y finalmente por la Ley 10/2014 de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades de Crédito. El artículo 87, *Informe bancario anual*, transpone al derecho español el artículo 89 de la Directiva y establece la obligación de que las entidades de crédito remitan al Banco de España y publiquen anualmente, especificando por los países donde estén establecidas, una serie de datos en base consolidada para cada ejercicio:

- a) Denominación, naturaleza y ubicación geográfica de la actividad.
- b) Volumen de negocio.

⁷⁰⁴ El 30 de octubre de 2014 la Comisión hizo público el resultado de sus estudios, encaminados a determinar si el informe país por país puede tener efectos económicos negativos para los grupos financieros europeos. La conclusión es que las obligaciones establecidas por el artículo 89 de la directiva no van a tener efectos económicos negativos de importancia, y que no van a afectar a la competitividad a las instituciones europeas, a la oferta de crédito o a la estabilidad del mercado financiero http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1229_en.htm.

- c) Número de empleados a tiempo completo.
- d) Resultado bruto antes de impuestos.
- e) Impuestos sobre el resultado.
- f) Subvenciones o ayudas públicas recibidas.

La Ley 10/2014 de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades de Crédito establece también la forma de publicación del informe país por país: como un informe anexo de sus estados financieros auditados, denominado “informe bancario anual”, y que el Banco de España tendrá disponibles estos informes en su página web. Ya es posible encontrar publicados en Internet los IPPP de entidades como Bankia ([enlace](#)), Bankinter ([enlace](#)), Santander ([enlace](#)), Unicaja ([enlace](#)), Banca March ([enlace](#)) o Barclays Bank ([enlace](#)).

9.5.- EL IPPP COMO DOCUMENTO FISCAL: LA ACCIÓN 13 DE BEPS

9.5.1 La Acción 13 del Plan BEPS introduce el IPPP como un estándar mundial para suministrar a las Haciendas información desglosada por países acerca de los ingresos, beneficios, impuestos abonados y otros indicadores de la actividad económica de las multinacionales en cada uno de los países donde actúan⁷⁰⁵. El objetivo es incrementar la transparencia ante las administraciones tributarias, proporcionándoles información suficiente para realizar la evaluación del riesgo en materia de precios de transferencia de las entidades incluidas en el grupo, matriz y filiales. También se refuerzan los objetivos originarios de la documentación de precios de transferencia, consistentes en obligar a los contribuyentes a que reflexionen sobre la sostenibilidad de sus decisiones sobre los precios de transferencia.

Este nuevo estándar, respaldado por el G-20 en su cumbre de noviembre de 2015 en Antalya-Turquía⁷⁰⁶, tiene como destinatario único las administraciones tributarias, estando su divulgación protegida por la cláusula de reserva. Ante las dudas surgidas sobre su puesta en

⁷⁰⁵ OCDE: *Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting. Action 13. Final report*. OECD Publishing, Paris, 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241480-en>

⁷⁰⁶ G-20: *G20 Leaders' Communiqué. Antalya Summit*, 15-16 November 2015. [en línea]. Disponible en <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/11/16-g20-summit-antalya-communique/> [consulta 11 junio 2016], párrafo 15 en pg 4.

Ubaldo González de Frutos

El Informe País-por-País en apoyo de una mayor equidad

práctica, y con la necesidad de que su aplicación fuese lo más normalizada posible, la OCDE publicó posteriormente las normas de implementación de la Acción 13⁷⁰⁷.

La Acción 13, además de crear este informe, modifica las normas del Capítulo V de las Directrices de Precios de Transferencia⁷⁰⁸, quedando la documentación configurada en un sistema de tres niveles, con un archivo maestro (“master file”) que contiene información normalizada sobre todos los miembros del grupo multinacional; un archivo local (“local file”) que incluye específicamente las operaciones significativas del contribuyente en la jurisdicción donde es residente; y un tercer nivel, el informe con datos desglosados por países.

El IPPP obliga a las empresas multinacionales a declarar anualmente la cuantía de sus ingresos y beneficios netos antes del impuesto sobre sociedades, así como el importe del impuesto sobre sociedades devengado y pagado en cada jurisdicción fiscal donde operen, junto a otros indicadores de actividad económica, lo que se concreta en el total de sus trabajadores (equivalencia a jornada completa), su capital, los beneficios no distribuidos y los activos tangibles poseídos en cada jurisdicción fiscal. Por último, el IPPP contiene también una plantilla para que las multinacionales identifiquen a todas las entidades del grupo que operan en una determinada jurisdicción fiscal e indiquen las actividades económicas que lleva a cabo cada entidad y un tercer documento con texto libre para notas explicativas.

El capítulo V se incorporó a las Directrices en 1995, y su primera intención fue facilitar orientaciones a los Ministerios de Hacienda o a las administraciones tributarias, a la hora de dictar normas sobre la documentación que habrían de aportar los contribuyentes para la evaluación por las administraciones de los riesgos en materia de precios de transferencia o bien, en una fase posterior, estando ya incursos en comprobaciones inspectoras⁷⁰⁹. Otro objetivo de este capítulo era ayudar a los contribuyentes a cumplir con las Directrices identificando la documentación idónea a la hora de demostrar o probar que sus operaciones se ajustan al principio de plena concurrencia.

⁷⁰⁷ OECD: *Guidance on the implementation of Transfer Pricing Documentation and Country by Country reporting*. 2015 [en línea] Disponible en <http://www.oecd.org/ctp/beps-action-13-guidance-implementation-tp-documentation-cbc-reporting.pdf> [consulta 16 Febrero 2016]

⁷⁰⁸ OCDE: *Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias 2010*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid. 2013 DOI: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202191-es>

⁷⁰⁹ Así, por ejemplo, muchas administraciones obligan a incluir en la declaración del Impuesto de Sociedades un estadillo informativo sobre las operaciones vinculadas más relevantes.

Ubaldo González de Frutos

El Informe País-por-País en apoyo de una mayor equidad

Sin embargo, en el sistema faltaba un elemento, y es que, por cuestiones de jurisdicción, las administraciones tributarias no han podido en el pasado recabar información sobre el grupo como un todo, quedando las normas de comunicación de información financiera circunscritas a la filial local, lo cual produce una visión fraccionaria de la actividad de la multinacional a través de su filial, impidiendo un verdadero análisis de los riesgos en materia de precios de transferencia e incrementando las sospechas sobre malas prácticas por parte de los órganos de control. El valor de la nueva obligación es extender el ámbito de las obligaciones de informar para abarcar la actividad global de la multinacional, lo cual ha de facilitar el análisis de riesgos a partir de una información completa y veraz sobre el papel que la filial local desempeña en el conjunto, así como de la medida en que sus activos, riesgos y operaciones contribuyen a crear valor⁷¹⁰. La nueva situación debería suponer un alivio para los contribuyentes cuyas prácticas sean aceptables, pues quedarían en principio fuera de los planes de inspección, una optimización de la utilización de los recursos de la inspección, y un apoyo para facilitar su desempeño en caso de que proceda incoar un procedimiento inspector.

En suma, el IPPP está llamado a cumplir una función clave en las administraciones tributarias, pero lo que nunca va a hacer es sustituir la metodología de determinación de las bases en materia de operaciones vinculadas: seguirá siendo necesario realizar un análisis funcional y de comparabilidad. En efecto, el nuevo Capítulo V se preocupa de especificar claramente que el IPPP no va a sustituir al análisis funcional y de comparabilidad necesario para comprobar la idoneidad de una política dada de precios de transferencia, de suerte que no podrá constituir, por sí mismo, una prueba concluyente de que los precios de transferencia sean correctos o no. Yendo un paso más allá, se cuida mucho de excluir cualquier intento de determinar las bases directamente a partir del IPPP, indicando que no puede utilizarse la información contenida en dicho estado financiero para hacer ajustes de precios de transferencia mediante un reparto global del beneficio aplicando una fórmula predeterminada. De este modo, el nuevo texto de la OCDE insiste en la exclusión expresa de la distribución formularia como método para distribuir los beneficios.

⁷¹⁰ Para que la evaluación del riesgo sea efectiva y tenga suficiente fiabilidad, el IPPP se complementa con un instrumento importante: el Manual de la OCDE sobre evaluación del riesgo de precios de transferencia OCDE (2013f): *Draft Handbook on Transfer Pricing Risk Assessment*. [en línea] Disponible en <http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/Draft-Handbook-TP-Risk-Assessment-ENG.pdf> [consulta 21 de febrero de 2016]

Ubaldo González de Frutos

El Informe País-por-País en apoyo de una mayor equidad

La plantilla modelo del IPPP contiene dos estadillos, el primero ofrece una visión general económica del grupo como entidad única, desglosando por territorios o jurisdicciones el monto de sus beneficios, impuestos y actividades económicas. Con él, la Hacienda Pública puede estimar si el volumen de participación en beneficios por las entidades residentes en su jurisdicción es proporcional a los activos empleados, funciones desarrolladas y riesgos asumidos en la jurisdicción fiscal. El segundo permite conocer mejor el conjunto del grupo al listar todas las entidades integradas en el mismo, detallando para cada una su rol en la cadena de creación de valor. He aquí los formatos de la Acción 13

Visión general del reparto de beneficios, impuestos y actividades económicas por jurisdicción

Nombre del grupo multinacional:											
Ejercicio fiscal correspondiente:											
Jurisdicción fiscal	Ingresos	Total	Entidad vinculada	Entidad no vinculada	Impuesto sobre sociedades (pérdidas antes de impuesto sobre sociedades pagado (criterio de caja))	Impuesto sobre sociedades devengado – Año	Capital declarado	Resultados no distribuidos	Número de trabajadores	Instrumentos equivalentes a	distintos de tesorería e instrumentos equivalentes a

Lista de todas las Entidades Integrantes del grupo multinacional incluidas en cada agregación por jurisdicción fiscal

Nombre del grupo multinacional:														
Ejercicio fiscal correspondiente:														
Jurisdicción fiscal	Entidades Integrantes residentes en la jurisdicción fiscal jurisdicción fiscal de construcción u organización, si es distinta de la jurisdicción fiscal de residencia	Principal(es) actividad(es) económica(s)												
		Investigación y desarrollo	Titularidad o gestión de propiedad intelectual	Compras o suministros	Fabricación o producción	Ventas, comercialización o distribución	Servicios de administración, gestión o apoyo	Prestación de servicios a entidades no vinculadas	Finanzas internas del Grupo	Servicios financieros regulados	Seguros	Titularidad de acciones u otros instrumentos representativos de capital	Sin actividad	Otra (indicar en Información adicional)
	1.													
	2.													
	3.													

Conviene tener en cuenta que el acuerdo plasmado en el Capítulo V de las Directrices es de mínimos. Dentro del grupo de BEPS los países emergentes⁷¹¹ defendieron que en el informe país por país se hicieran constar otros indicadores de actividad económica, especialmente los pagos efectuados a entidades vinculadas en concepto de intereses, cánones y retribuciones por servicios prestados por entidades vinculadas. Habida cuenta de la diversidad de opiniones, se llegó a una solución de compromiso consistente en partir de un acuerdo de mínimos y volver a evaluar, antes de finales del 2020, el funcionamiento del IPPP, con el objeto de perfeccionar gradualmente su operatividad, así como la posible conveniencia de extender su contenido con datos adicionales o distintos, en particular con intereses, cánones y pagos por servicios entre empresas asociadas. El Marco Inclusivo para la Implementación de BEPS, a desarrollar por la

⁷¹¹ Argentina, Brasil, China, Colombia, India, México, Sudáfrica o Turquía. OCDE, Informe de la Acción 13, *ut supra*, Pg. 10.

Ubaldo González de Frutos

El Informe País-por-País en apoyo de una mayor equidad

OCDE de acuerdo con el mandato del G-20⁷¹², será el encargado de hacer un seguimiento del funcionamiento del IPPP para promover las innovaciones que sean necesarias en 2020.

Una cuestión que generó bastante debate fue el flujo de la información. Todos los países participantes en el Proyecto BEPS estaban de acuerdo en que el archivo local y el archivo maestro deberían entregarse directamente por los contribuyentes a la administración tributaria competente, pero no se daba el mismo consenso con respecto al informe país por país, dada la necesidad de garantizar la confidencialidad. Al final, las normas de implementación recogen la solución de que el informe sea entregado por la matriz última en su jurisdicción de residencia. Esto planteaba la cuestión de cómo transmitir la información a otras jurisdicciones de manera que se garantice la integridad y la confidencialidad. Para ello era necesaria una infraestructura legal (acuerdos de intercambio de información o ser miembros de la Convención Multilateral de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Tributaria⁷¹³) y tecnológica. En el proceso se debía armonizar la protección de la confidencialidad, la necesidad de que la información llegue a todos los países interesados para que pueda ser utilizada tempestivamente en la evaluación del riesgo, la importancia de asegurar que en todos los países se declare una información financiera coherente y que se haga en formatos y plazos relativamente homogéneos para limitar los costes de cumplimiento para el contribuyente. Pues bien, el 27 de enero de 2016 España y otros 30 países firmaron un acuerdo multilateral de autoridades competentes, con fundamento en el artículo 6 de la Convención Multilateral de Asistencia Administrativa Mutua, para el intercambio automático de los IPPP⁷¹⁴. El acuerdo detalla las normas y procedimientos para el intercambio de los IPPP de modo automático y con periodicidad anual. El acuerdo se basa en las soluciones tecnológicas desarrolladas para el intercambio automático de información bajo las Normas Comunes de Declaración.

El calendario de implementación es bastante apretado, pero necesario si se quiere revisar la implementación de estos nuevos estándares para replantear su alcance antes de que acabe 2020,

⁷¹² G-20: *G20 Leaders' Communiqué. Antalya Summit*, 15-16 November 2015. [en línea]. Disponible en <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/11/16-g20-summit-antalya-communicue/> [consulta 11 junio 2016], párrafo 15 en pg 4.

⁷¹³ OECD: *Multilateral Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters, as amended by the 2010 Protocol*. [en línea] Disponible en http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/the-multilateral-convention-on-mutual-administrative-assistance-in-tax-matters_9789264115606-en#page1 [consulta 21 de febrero de 2016]

⁷¹⁴ *A boost to transparency in international tax matters: 31 countries sign tax co-operation agreement to enable automatic sharing of country by country information*, en <http://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/about-automatic-exchange/a-boost-to-transparency-in-international-tax-matters-31-countries-sign-tax-co-operation-agreement.htm>

Ubaldo González de Frutos

El Informe País-por-País en apoyo de una mayor equidad

pues será necesario partir de algunos años de experiencia en la aplicación de la declaración país por país. Esto obliga a dictar la nueva normativa en cada país de manera rápida, y llevar a cabo los cambios estructurales en las administraciones tributarias para estar en condiciones de explotar adecuadamente la información recibida. Las empresas se verán compelidas a suministrar un nuevo modelo de información, y a ajustar sus sistemas de contabilidad cuando no tengan marcadores que permitan obtener la información relevante.

Otra cuestión importante es el umbral a partir del cual deberían presentarse las declaraciones país por país. El informe provisional de la Acción 13 de BEPS en 2014 no abordó este asunto con detenimiento, por lo que se planteaban dudas sobre la posible exención de las empresas medianas y pequeñas, posibles excepciones de carácter sectorial para industrias como el transporte o los fondos de inversión, así como la relevancia del hecho que las entidades coticen en bolsa a la hora de exigir esta obligación. Si se obligaba a todo tipo de multinacionales a entregar la declaración país por país, se corría el riesgo de imponer una carga administrativa importante sobre las multinacionales más pequeñas, y un exceso de información para las autoridades tributarias, que no podrían en una primera fase explotar toda la información suministrada, con la dificultad añadida de que el sistema de compartir la información se basa en mecanismos de intercambio de información a partir de convenios internacionales, lo que añade tareas administrativas adicionales para la administración tributaria de la matriz del grupo.

Por ello, se llegó al acuerdo de eximir a las micro-multinacionales (las que facturen menos de 750 millones de euros), dado que su riesgo de manipulación de los precios de transferencia a gran escala es relativamente bajo, que su estructura no es tan compleja, y que tienen menos recursos para asumir el cumplimiento de la nueva obligación.

9.5.2 Nuevo Reglamento del Impuesto de Sociedades. El Real Decreto 634/2015, de 10 de julio regula en España el IPPP, al que llama “la principal novedad de este Reglamento”, reconociendo que es consecuencia del Plan BEPS. Están obligadas las entidades residentes en territorio español que tengan la condición de dominantes de un grupo y no sean al mismo tiempo dependientes de otra, así como las entidades no residentes que hayan sido designadas para presentar el IPPP, filiales de matrices residentes en países donde no exista la obligación de presentar IPPP, o bien donde, existiendo, no se haya celebrado un acuerdo para el intercambio de la información, o bien, existiendo tal instrumento, no se cumpla. También en concordancia con las normas de aplicación de la OCDE, en España sólo afecta a las multinacionales cuya

Ubaldo González de Frutos

El Informe País-por-País en apoyo de una mayor equidad

cifra de negocios neta para el conjunto de personas o entidades que formen parte del grupo, en los 12 meses anteriores al inicio del período impositivo, sea superior a 750 millones de euros.

Los apartados de la declaración son los mismos que recomienda la OCDE, es decir, ingresos brutos, resultados antes de impuestos, impuestos sobre Sociedades devengados y satisfechos, capital y fondos propios, plantilla media, activos materiales e inversiones inmobiliarias, listado de entidades vinculadas y otra información relevante. La información se ha de presentar en los 12 meses siguientes a la finalización del período impositivo.

9.6.- EL IPPP COMO POSIBLE DOCUMENTO CONTABLE

La carencia de un IPPP contable es el principal motivo por el que la OCDE ha creado un sustitutivo, y esto sugiere la cuestión de si se precisa una norma internacional de información contable que discrimine los rendimientos económicos en función del país de origen. La Norma Internacional de Contabilidad 24 regula la información a revelar por las partes vinculadas, pero su ámbito se reduce a las operaciones específicas, siendo por tanto más restringido que el IPPP, que abarca tanto operaciones vinculadas como las realizadas con terceros independientes. Más próxima es la NIIF 8, Segmentos de Operación, desarrollada en el proceso de convergencia entre el FASB y el IASB, si bien queda a la discreción del sujeto de la información contable decidir si las fronteras de los países son una forma idónea para segmentar la información, porque hay otras alternativas como las líneas de negocio o la clientela. El estándar contable de información por segmentos, de este modo, no articula una obligación de informar desglosando las actividades país por país, y el presente no existe ningún proyecto del IASB para crearlo, a pesar de las críticas sobre la NIIF 8.

Esta norma requiere que una entidad proporcione, en la información financiera intermedia, información específica sobre sus segmentos de operación. El principio básico subyacente es “ver la empresa desde los ojos de los gerentes”. La entidad ha de revelar la información de forma que permita a los usuarios evaluar la naturaleza y situación financiera de sus actividades, sus áreas de negocio, y los entornos económicos en los que opera del mismo modo que lo hacen sus directivos⁷¹⁵. Los “segmentos” en que se divide la actividad de la empresa a estos efectos

⁷¹⁵ Se denomina a este enfoque en inglés *the management approach*. Los segmentos de operación se definen como aquellos elementos sobre los cuales la entidad obligada dispone de información financiera separada y que se analiza y evalúa regularmente por la máxima autoridad en la toma de decisiones operativas para decidir cómo asignar recursos y para evaluar su rendimiento.

Ubaldo González de Frutos

El Informe País-por-País en apoyo de una mayor equidad

pueden ser (1) productos y servicios, (2) áreas geográficas o (3) principales clientes; de suerte que el criterio geográfico es posible, pero sólo es uno entre varias opciones, y aunque se adopte el criterio territorial, esto no significa que los “segmentos” se igualen con países o jurisdicciones fiscales.

El criterio geográfico, por tanto, será relevante sólo cuando sea utilizado en la gestión y dirección de los negocios, y como sabemos, las cadenas globales de creación de valor relativizan mucho la utilización del criterio jurisdiccional como modelo de organización. Por otro lado, el IPPP es importante para la autoridad tributaria, pero probablemente poco relevante para el gerente o el inversor, de manera que aunque usen segmentos geográficos pueden definirse como subdivisiones en una sola jurisdicción (zona centro-este, por ejemplo), o bien tratarse de agrupaciones regionales, por ejemplo, África, Europa, Oriente Medio, etc. El segmento geográfico se define de hecho como el componente de la empresa que (a) ofrece productos y servicios dentro de un entorno económico particular y (b) está sujeto a riesgos y retornos que son diferentes de los componentes que operan en otros entornos económicos.

La norma tiene alcance subjetivo limitado, por otra parte, porque se aplica sólo a las entidades negociadas en mercados públicos o que emitan instrumentos en dichos mercados, o bien a grupos de sociedades cuya entidad controladora esté en las mismas circunstancias, es decir, esté negociada en mercados públicos o sea emisora de valores.

En cualquier caso, la NIIF8 no garantiza la existencia de información geográfica ni mucho menos el desglose por países. Donde más se aproxima es en la disposición que obliga a las entidades a proporcionar información sobre los ingresos procedentes de sus productos o servicios (o de grupos de productos similares y servicios), sobre los países en los que obtiene ingresos de las actividades ordinarias y mantiene activos, y sobre los clientes más importantes, con independencia de que esa información sea utilizada por la gerencia en la toma de decisiones sobre las operaciones. Ahora bien, esta norma no es obligatoria si la información no se prepara para su uso interno en la toma de decisiones, o bien si la información que se necesitaría no está disponible y el costo de obtenerla podría ser excesivo para la entidad.

Generalmente, esto significa que los segmentos van a reflejar los criterios organizativos internos, porque se requiere que la información financiera se proporcione sobre la misma base que la usada internamente para evaluar el rendimiento de los segmentos de operación y para decidir cómo asignarles recursos.

Ubaldo González de Frutos

El Informe País-por-País en apoyo de una mayor equidad

La NIIF8 también requiere que una entidad facilite información descriptiva sobre la forma en que se determinan los segmentos de operación, los productos y servicios proporcionados por los segmentos, las diferencias entre las mediciones utilizadas al proporcionar la información financiera segmentada y la utilizada en los estados financieros de la entidad, y los cambios en la medición de los importes de los segmentos de un periodo a otro.

El antecedente de esta NIIF es la NIC 14, Información por Segmentos, que era muy similar a la norma americana originaria, el FAS 14, sustituido luego por la FAS 131. La norma americana se reformó en su día para atajar las críticas a la preexistente porque, se argumentaba, no permitía a los inversores ver los negocios desde el mismo punto de vista que la gerencia. Según los críticos, esto se debía a que el FAS14 utilizaba parámetros geográficos, tratando la información interna de la empresa como secundaria y causando que el punto de vista del inversor fuera frecuentemente distinto del que se usa en la toma de decisiones. De esta forma, el principio del *management approach* alejó más el criterio geográfico en EEUU, y luego el IASB adoptó esta orientación en el proceso de convergencia contable transatlántica. La NIIF 8 es además más laxa que la NIC 14⁷¹⁶, lo que ha llevado a los partidarios del IPPP como Murphy a denunciar la NIIF8 no sólo por su escasa utilidad para la Hacienda sino también para los inversores⁷¹⁷.

9.7.- IPPP Y EQUIDAD EN LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA

Las dificultades de llevar a cabo un control efectivo de los precios de transferencia han animado desde antiguo un debate sobre la imposición unitaria como alternativa al principio de plena concurrencia. Un grupo de autores⁷¹⁸ y ONGs como Tax Justice Network la defienden con

⁷¹⁶ Bajo la norma antigua, todas las ventas tenían que ser asignadas a un segmento, de manera que el total por segmentos debía coincidir con la cifra de ventas de la información consolidada. En la NIIF8, en cambio, sólo es obligatorio asignar el 75% de las ventas total, de manera que puede quedar hasta un 25% sin atribuir a un segmento. Además, en la NIC 14 era obligatorio utilizar las mismas normas contables en las cuentas anuales y en el informe por segmentos. En la NIIF 8, por el contrario, puede utilizarse otras normas contables. Finalmente, en la NIC 14 los segmentos eran obligatorios y hasta cierto punto comparables, pero en la NIIF8 no está garantizada ni la consistencia ni la comparabilidad.

⁷¹⁷ Murphy, R. (2007): *It is true, IFRS 8 will be bad for investors*. [en línea] Disponible en <http://www.taxresearch.org.uk/Blog/2007/05/08/its-true-ifs-8-will-be-bad-for-shareholders/> [consulta 21 de febrero 2016]

⁷¹⁸ PICCIOTTO, Sol: *Towards Unitary Taxation of Transnational Corporations* [en línea], 9 diciembre 2012. Disponible en http://www.taxjustice.net/cms/upload/pdf/Towards_Unitary_Taxation_1-1.pdf [consulta 21 de febrero de 2016]. Avi-Yonah, Clausing y Durst, proponen que la base imponible de las multinacionales se calcule a nivel mundial y se distribuya mediante dos factores, (1) un rendimiento fijo sobre sus gastos cada jurisdicción y (2) la proporción de sus ventas en todo el mundo en cada territorio. Este sistema tiene la ventaja de ser similar al método de reparto del beneficio residual de las Directrices de la OCDE, así como al método actual que se usa en Estados

Ubaldo González de Frutos

El Informe País-por-País en apoyo de una mayor equidad

vehemencia y sostienen que ese cambio ha de ser beneficioso para los países en desarrollo, a los cuales presentan como víctimas del principio de plena concurrencia, mientras la mayor parte de la doctrina y todos los gobiernos mantienen el consenso sobre los precios de transferencia. La cuestión que surge a la luz del IPPP es si esta innovación camina en el sentido de reforzar la el estándar actual de los precios de transferencia al hacerlo más transparente o bien si, por el contrario, la información que contiene el IPPP lo acerca más a su modelo alternativo, la imposición unitaria.

La importancia de la contabilidad a la hora de definir el modelo del Impuesto de Sociedades difícilmente puede exagerarse. La contabilidad es la columna vertebral del Impuesto, es la técnica que permite traducir en unidades monetarias una magnitud discreta como es el beneficio económico, y por tanto es a la vez el instrumento básico de la concepción del Impuesto sobre Sociedades y de su aplicación práctica, el que marca el límite de lo que es posible a la hora de configurar técnicamente el tributo y lo que no lo es. La contabilidad, como herramienta indispensable para determinar la base imponible del impuesto de sociedades, condiciona así las posibilidades de acción de la fiscalidad, y a su vez ambas deben adecuarse a la realidad económica cambiante.

Las finalidades de una y otra son divergentes, pues mientras que la contabilidad tiene por objetivo informar a los accionistas de la imagen fiel del patrimonio y las operaciones de la empresa, la fiscalidad busca determinar la verdadera capacidad de pago de la empresa. También son diferentes sus principios fundamentales, pues en la contabilidad domina el principio de prudencia valorativa que, en cambio, no sirve en fiscalidad porque equivaldría a un diferimiento de la imposición. La vigencia del principio de capacidad de pago condiciona de hecho el desarrollo y la evolución de las normas contables de origen fiscal, pues la fiscalidad necesita de un ritmo de adaptación al cambio económico más dinámico que la contabilidad, que tiende a ser más conservadora. Así, la cadencia de las reformas fiscales es mucho mayor que la de las

Unidos para distribuir el ingreso nacional entre los Estados. En AVI-YONAH, Reuven S., CLAUSING, Kimberly y DURST, Michael: Allocating Business Profits for Tax Purposes: A Proposal to Adopt a Formulary Profit Split. En *Florida Tax Review*, 9, n. 5. 2009. Pgs. 497-553 [disponible en <http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1773&context=articles> Consulta 16 enero 2016].

Ubaldo González de Frutos

El Informe País-por-País en apoyo de una mayor equidad

normas contables, y el resultado es que la fiscalidad explora la aplicabilidad de nuevos instrumentos o conceptos más allá de su tratamiento contable⁷¹⁹.

Las consecuencias suelen sustanciarse mediante la técnica de los ajustes fiscales sobre la base contable. Cuanto mayor es la proximidad entre el beneficio contable y la base fiscal menor es la necesidad de ajustes fiscales, quedando sólo para las necesidades, los casos en que el tratamiento contable es susceptible de manipulación y podría distorsionar las rentas sujetas a gravamen, como la deducibilidad de determinados gastos, la aplicación de métodos diferentes de amortización o la distinta imputación temporal de las rentas, por citar algunos casos.

Sin embargo, las posibilidades de redefinir la renta a efectos fiscales partiendo de los estados financieros se limitan precisamente a eso: a establecer normas especiales, pero no pueden operar en una esfera distinta de la contabilidad. La relación es tan estrecha que las posibilidades de aplicación del IS a nivel nacional e internacional se basan en la contabilidad. Por eso, en ausencia de información contable desglosada por países, el modelo de imposición unitaria para arbitrar el gravamen de los grupos multinacionales no pasaría de ser una propuesta escolástica, una pura quimera.

Pues bien, hoy día tenemos ese instrumento contable de las multinacionales, lo cual permite replantear la imposición unitaria desde una perspectiva novedosa. Las Administraciones fiscales de los países en desarrollo van a tener esta herramienta al alcance de sus manos, y aunque la normativa internacional explícitamente indica que los datos allí consagrados no pueden ser usados como un medio de determinar directamente un reparto de beneficios dentro del grupo distinto del propuesto por la multinacional, sino sólo para estimar la validez de los análisis y postulados de los precios de transferencia de la misma, a nadie se le oculta que para el grupo de

⁷¹⁹ Es el caso, por ejemplo, de las normas de imputación de rentas, que consisten en hacer tributar a los sujetos pasivos por rentas que formalmente no han sido devengadas por los mismos, pero que sin embargo determinan su renta en sentido amplio o aumentan su capacidad de pago. Un ejemplo son las normas de transparencia fiscal internacional. También el volumen y densidad de las disposiciones que el Proyecto BEPS ha propuesto añadir a las Directrices de Precios de Transferencia de la OCDE refleja la ausencia de una norma contable que permita registrar en el balance los intangibles desarrollados internamente.

Ubaldo González de Frutos

El Informe País-por-País en apoyo de una mayor equidad

sociedades va a resultar más difícil sostener una atribución de beneficios que no respete el criterio de sustancia⁷²⁰.

A partir de ahí, una posibilidad es que los precios de transferencia vean su importancia reforzada, como sostienen algunos, por una transparencia que refuerza su eficacia, o bien, como otros recelan, puede que la comunidad internacional valore positivamente la utilidad de la información contable país por país, y refuerce este mecanismo hasta el punto de constituir un sistema mixto entre imposición unitaria y precios de transferencia. Avi-Yonah⁷²¹ apunta en esta dirección cuando sugiere que el sistema vigente del principio de plena competencia se complemente con una distribución mediante fórmula para el beneficio residual en el método de división de beneficios, que no puede ser atribuido mediante el análisis funcional porque ese beneficio no se puede atribuir a funciones específicas, sino a la existencia de intangibles o a la asunción de riesgos, y tanto los intangibles como el riesgo son imposibles de atribuir a partes concretas de la empresa.

En el consenso internacional las cosas no han cambiado, y aunque la relación entre el IPPP y la imposición unitaria está reconocida implícitamente en el informe de la OCDE sobre la Acción 13, cuando prohíbe utilizar los informes para “un reparto global del beneficio realizado aplicando una fórmula predeterminada”, parece difícil que el IPPP sea suficiente para fundamentar un nuevo consenso internacional. La inclusión en el IPPP de factores de producción como el capital humano o los activos materiales y su ponderación por territorios acentúan la validez del estándar actual y permiten anticipar que un mejor cumplimiento por parte de las multinacionales le servirá también de refuerzo, eso sí, con mayor disciplina para las multinacionales.

9.8.- EXPECTATIVAS DE DESARROLLO FUTURO DEL IPPP

Que el estándar creado es provisional parece fuera de toda duda. El informe de BEPS tiene incluso fecha programada para revisarlo: 2020. El acuerdo de revisar la plantilla del IPPP es un

⁷²⁰ En el sentido utilizado por el Plan BEPS, es decir, en el sentido de fijar los beneficios a las jurisdicciones donde tienen lugar las actividades económicas que los generan, evitando la erosión de bases y el traslado de beneficios.

⁷²¹ Como sugiere AVI-YONAH, Reuven S., *The Rise and Fall of Arm's Length: A study in the Evolution of U.S. International Taxation*. En *University of Michigan Law School*, Research Paper 73, 2007. [en línea] http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1074&context=law_econ_archive [Consulta 24 enero 2016]

Ubaldo González de Frutos

El Informe País-por-País en apoyo de una mayor equidad

compromiso entre los países que dentro del grupo de BEPS querían un informe con datos ampliados y los que preferían que tuviera el contenido mínimo. El Proyecto llegó a la transacción de partir de un acuerdo de mínimos y volver a evaluar, antes de finales del 2020, el funcionamiento del informe país por país, con el objeto de perfeccionar gradualmente su operatividad, así como la posible conveniencia de extender su contenido con datos adicionales o distintos, en particular con intereses, cánones y pagos por servicios entre empresas asociadas.

No obstante, la Directiva de la Unión Europea publicada el 25 de mayo de 2016 viene a reforzar y consolidar la plantilla de la OCDE, aunque la Directiva Contable⁷²², que también respalda el informe país por país fija un plazo de tres años para la reconsideración de esta obligación, a partir del vencimiento del plazo de transposición por los Estados miembros, es decir el 20 de julio de 2018. La Comisión deberá entonces presentar un informe sobre la eficacia del régimen. La evaluación habrá de tener en cuenta la evolución internacional, en particular en relación con el aumento de la transparencia de los pagos a administraciones públicas, las repercusiones de otros regímenes internacionales, y considerar los efectos sobre la competitividad y la seguridad del abastecimiento energético. También se encomienda a la Comisión que estudie la extensión a otros sectores de actividad distintos de la industria extractiva, así como la conveniencia de someter a auditoría el informe (Artículo 48).

La Directiva 2014/95/UE, que modifica a la anterior en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos, refuerza la petición de un informe para evaluar y revisar el régimen en 2018. Concretamente, inserta un párrafo en el artículo 48, para que la posición de la Comisión se armonice con la experiencia del IPPP en el seno de la OCDE y de los resultados de las iniciativas europeas conexas. Por otro lado, la UE publicó en julio de 2015 el paquete de medidas de transparencia fiscal⁷²³ que, haciéndose eco de lo anterior, anuncia la decisión de la Comisión de examinar si el IPPP debe divulgarse públicamente, “de forma que no se limite a la cooperación administrativa y permita el acceso público a un conjunto limitado de información fiscal de las empresas multinacionales. Estas obligaciones de transparencia ya existen en el sector bancario (en virtud de la Cuarta Directiva sobre los requisitos de capital) y, por lo que respecta a los pagos a los gobiernos, también en el caso de las grandes empresas de las

⁷²² Directiva 2013/34/UE

⁷²³ UE. *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la transparencia fiscal para luchar contra la evasión y la elusión fiscales*. 18 de marzo de 2015. COM(2015) 136 final

Ubaldo González de Frutos

El Informe País-por-País en apoyo de una mayor equidad

industrias extractivas y de explotación maderera (en virtud de la Directiva de contabilidad), mediante «información desglosada por países». Extender la obligación de divulgación pública de determinada información fiscal a las empresas multinacionales de todos los sectores podría sujetar a las empresas a un mayor escrutinio público, y sensibilizar más con respecto a sus prácticas fiscales. Ello crearía, además, condiciones equitativas de competencia entre las empresas de la UE por lo que atañe a las obligaciones en materia de transparencia, y evitaría complejidades legales en cuanto a la definición de sector.⁷²⁴

En definitiva, los pronunciamientos de las organizaciones internacionales indican que el IPPP en su configuración actual puede no ser definitivo, lo cual directa o indirectamente apunta al IASB, que es el único legitimado para llevar a cabo una verdadera reforma contable⁷²⁵. El regulador contable internacional podría partir de la NIIF8 para crear un estándar independiente para el desglose de datos por país o empezar de cero y hacer su estándar PPP compatible con la NIIF8.

La agenda del IASB se determina en consulta con las partes interesadas (reguladores contables nacionales, profesionales de la contabilidad y empresas), y en la última reunión consultiva, celebrada en 2011, la opinión mayoritaria fue contraria. Sin embargo, puede que en el futuro la decisión sea diferente. La oposición se fundamenta básicamente en dos argumentos, uno más confesable —el coste de producir la documentación— y otro mucho menos confesable: el deseo de mantener la confidencialidad ante la revelación de datos que podrían poner de manifiesto a la competencia su estrategia y, sobre todo, ante el riesgo de reputación si la información revela, por ejemplo, un uso importante de paraísos fiscales por parte de sus filiales o establecimientos permanentes⁷²⁶. Pues bien, el argumento del coste decae a partir del momento en que a las multinacionales se les obliga a recopilar y procesar los datos con fines fiscales, por lo que un estándar normalizado por el IASB sería como mucho neutral. La defensa de la opacidad, por su parte, puede fundamentar una resistencia pasiva, pero no va triunfar en un debate abierto ni a ser secundada mayoritariamente; desde luego no por los gobiernos, pero seguramente tampoco por

⁷²⁴ *ibidem*, pg. 3

⁷²⁵ Ya en junio de 2010 el Consejo Europeo instó a los Estados miembros a apoyar las consultas llevadas a cabo a la sazón por el IASB sobre la incorporación del informe país por país en la NIC 6, al menos para el sector extractivo, así como a invitar al IASB a explorar las posibilidades de ir más allá del sector extractivo.

⁷²⁶ A veces las multinacionales dan el mismo nombre e imagen corporativa a sus filiales, pero también es frecuente que no ofrezcan indicaciones externas sobre la titularidad del capital como forma de paliar los riesgos de reputación que acarrearía la exposición pública de sus actividades, por ejemplo si están situadas en paraísos fiscales.

Ubaldo González de Frutos

El Informe País-por-País en apoyo de una mayor equidad

muchas organizaciones empresariales, especialmente en un momento en que se refuerzan las normas de buen gobierno y responsabilidad social corporativa. Al final, es posible que el IASB sea exhortado por las propias organizaciones empresariales ante la provisionalidad de las medidas actualmente vigentes, su carácter fiscal y no contable, y ante la necesidad de mejorar la gobernanza fiscal.

9.9.- CONCLUSIONES

La Acción 13 del Plan BEPS, la Directiva de 25 de mayo de 2016 y el RIS introducen un nuevo estándar de documentación de precios de transferencia e incorpora al Capítulo V de las Directrices de la OCDE sobre Precios de Transferencia el Informe País por País, obligatorio para las multinacionales cuya cifra de negocios supere los 750 millones de euros.

Con algunas variaciones, una obligación similar de desglosar datos por países existe a nivel europeo desde 2015 para las entidades de crédito, en virtud de la Directiva de Acceso y Supervisión Prudencial de Actividades Crediticias y Empresas de Inversión, y existirá para las entidades de la industria extractiva y de explotación de bosques primarios cuando queden transpuestas las Directivas Contable y de Transparencia Contable. Además, la Unión Europea ya ha publicado el Borrador de Directiva de Asistencia Administrativa Mutua para ajustarlo a la Acción 13 de BEPS, e incluso se plantea hacer la difusión obligatoria con carácter general en el paquete de medidas de transparencia fiscal [COM(2015)136].

El informe país por país es hoy ya una obligación legal y reglamentaria en 12 países de la OCDE, incluida España y enseguida lo será en el resto de los 34 países de la OCDE, en los países del G-20 no miembros de la OCDE pero que son Asociados a BEPS, y en los Estados de la UE que no están ni en uno ni en otro. Se espera además que muchos países en desarrollo adopten esta norma, que les resulta claramente beneficiosa. En este capítulo hemos visto cómo se ha gestado, empezando por la campaña *Publish What You Pay* lanzada por una serie de ONGs en 2002, continuando por la Iniciativa de Transparencia de la Industria Extractiva (ITIE), la Ley Dodd-Frank en EEUU, los proyectos de normas contables del IASB y las iniciativas legislativas de la UE.

También hemos analizado su relevancia como documento fiscal en el contexto de los precios de transferencia y las posibilidades de que el IASB lo transforme en su día en una NIIF, toda vez

Ubaldo González de Frutos

El Informe País-por-País en apoyo de una mayor equidad

que ni la OCDE ni la Unión Europea consideran que haya concluido el proceso político de discusión de este estándar internacional positiva.

En nuestra opinión la regulación actual es un avance histórico, pero no podemos evitar la sensación de provisionalidad. Creemos que los avances que ha experimentado la transparencia gracias al gobierno corporativo hacen que el IPPP, en su versión actual, es insuficiente, y la presión la tiene ahora el IASB para dictar una norma internacional que regule los aspectos del IPPP como documento público por su relevancia tanto para los proveedores de financiación – accionistas y acreedores— como para otros interesados en la información contable. La OCDE ha anunciado una revisión del IPPP para 2020 y se antoja que ese sería un período suficiente para que el IASB pudiera completar un proyecto que normalice esta nueva obligación en el marco más amplio de la RSC. En cualquier caso, parece fuera de toda duda que una mayor transparencia redundará en un mejor cumplimiento en todos los países donde operen las multinacionales, lo que supone un claro respaldo a la equidad internacional.

10.- Equidad, precios de transferencia e imposición unitaria

10.1.- INTRODUCCIÓN

Una de las cuestiones más debatidas por la doctrina⁷²⁷ casi desde su aparición en el sistema fiscal internacional⁷²⁸, es la idoneidad del principio de libre competencia, y su corolario contable, el principio de entidad separada, como procedimiento para distribuir las rentas de las multinacionales entre los diversos territorios en que operan. Las dificultades se refieren a la gran complejidad de las normas, su carácter aproximado⁷²⁹, los altos costes de su aplicación para contribuyentes y administración, y las dificultades de aplicación práctica, sobre todo en ausencia de comparables⁷³⁰.

⁷²⁷ Son innumerables los trabajos que tratan esta cuestión. Hay una revisión de la literatura en BREAN, Donald y BIRD, Richard M.: *The interjurisdictional allocation of Income and the Unitary Taxation Debate*. Ed. Economic Council of Canada, Ottawa, 1986, 101 páginas. Entre los trabajos más recientes destaca la propuesta de Sol Picciotto (PICCIOTTO, Sol: *Towards Unitary Taxation of Transnational Corporations* [en línea], 9 diciembre 2012. Disponible en http://www.taxjustice.net/cms/upload/pdf/Towards_Unitary_Taxation_1-1.pdf [consulta 21 de febrero de 2016]) y los trabajos de Avi-Yonah (AVI-YONAH, Reuven, CLAUSING, Kimberly y DURST, Michael: *Allocating Business Profits for Tax Purposes: A Proposal to Adopt a Formulary Profit Split*. En *Florida Tax Review*, 9, n. 5. 2009, Pgs. 497-553; y AVI-YONAH, Reuven: *Splitting the Unsplittable: Toward a Formulary Approach to Allocating Residuals Under Profit Split*. En *University of Michigan Law School*, Research Paper 378).

⁷²⁸ El Principio de Plena Competencia surge con los trabajos de la Sociedad de las Naciones en 1928. Los trabajos de la Comisión de Expertos no abordaron el problema de forma directa al principio, sino que alumbraron el método en torno al concepto de establecimiento permanente. Salvo los EEUU, que ya lo habían regulado en 1921, ningún otro país tenía este método en sus normas. Véase Gratez, *The original intent...* Íbidem, 1997, pg. 1089.

⁷²⁹ El Párrafo 1.13 de las Directrices en su edición de 2010 reconoce que “los precios de transferencia no son una ciencia exacta, sino que exigen juicios de valor por parte de la Administración tributaria tanto como de los contribuyentes” (OCDE: *Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias 2010*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid. 2013. DOI: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202191-es>. Página 47)

⁷³⁰ Así lo reconoce Avi-Yonah: “desde la aparición del Libro Blanco del Tesoro en 1988, el problema clave en la aplicación de los P. de T. es la ausencia de comparables, lo cual llevó al método de distribución de beneficios, que se incorporó a las normas estadounidenses en 1994 y a las Directrices

No obstante su vigencia universal, el principio de plena competencia presenta graves problemas, empezando por la facilidad con que permite la transferencia de beneficios hacia jurisdicciones de baja fiscalidad, con problemas de eficiencia económica, pues las empresas que acometen prácticas fiscales más agresivas obtienen un mayor retorno después de impuestos, y atraen por tanto más inversión que la que sería óptima en condiciones de igualdad competitiva si todas las entidades, grandes y pequeñas, nacionales e internacionalizadas, diesen el mismo cumplimiento a las normas, con una gran complejidad y con un elevado coste de administración del sistema, tanto para las empresas como para las haciendas públicas.

Pero más grave que la eficiencia quizá es la merma de la equidad, pues cuando las entidades integradas en un grupo multinacional realizan operaciones con otros miembros del mismo, en el mismo país o en otros, éstas pueden realizarse a valor de mercado o a cualquier otro, puesto que se trata de operaciones controladas. En tal caso, cuando las transacciones no se realizan por su valor normal en el mercado, se van a producir trasvases de beneficios hacia territorios con menor fiscalidad, y éstas son muy difíciles de detectar y corregir por las haciendas en general, pero muy en especial por las de los países en desarrollo, cuya capacidad técnica es inferior⁷³¹.

Los países en desarrollo son conscientes de ello y van adoptando legislación preventiva, pero es bastante improbable que consigan una aplicación efectiva de las normas pues para ello haría falta disponer de la información necesaria para poder determinar en primer lugar que se trata de una operación vinculada, después realizar el análisis funcional y concretar las funciones, activos y riesgos que contribuye cada entidad, luego encontrar comparables relevantes y, finalmente, fundamentar ajustes con la solvencia suficiente para que puedan sobrevivir por el camino de un más que probable litigio.

Las dificultades de los países en desarrollo a la hora de aplicar los precios de transferencia, dada la falta de comparables y la escasez de capacidades técnicas y humanas, ha sido denunciada por Picciotto como un problema de equidad⁷³², y ha llevado a un sector de la doctrina, apoyado por

de la OCDE en 1995” (AVI-YONAH, Reuven S., *Splitting the Unsplittable: Toward a Formulary Approach to Allocating Residuals Under Profit Split*. [en línea] En *University of Michigan Law School*, Research Paper 378. 2014 http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2369944 [Consulta 16 enero 2016], pg. 1).

⁷³¹ “Este ha llegado a ser el mayor obstáculo para la justicia fiscal así como el mayor facilitador de la corrupción y el delito” (Picciotto, *towards Unitary taxation...* 2012, ibídem, pg. 9)

⁷³² “By simplifying tax administration it would cut the costs of compliance for firms and would benefit poor developing countries especially... And by aligning tax rules more closely to economic reality it

las ONGs, a proponer la imposición unitaria como alternativa al principio de plena concurrencia. Sin embargo, pese a los argumentos que defienden la imposición unitaria o formularia⁷³³, la mayor parte de la doctrina y todos los gobiernos, incluidos los de los países en desarrollo, mantienen el consenso sobre los precios de transferencia, lo cual hace que se siga manteniendo el debate entre partidarios y detractores. El último capítulo, por ahora, es el relanzamiento por parte de la Unión Europea del Proyecto de la Base Imponible Común y Consolidada⁷³⁴, que se puede definir como una forma de imposición unitaria dentro de la Unión Europea.

Además, la acción 13 de BEPS, al introducir el IPPP, facilita la compilación de datos que permitirían aplicar con relativa sencillez la imposición unitaria⁷³⁵. La transparencia acerca de las rentas generadas, los impuestos pagados en cada país y los valores de los activos fijos y de los costes de personal abren una brecha hacia la aplicación efectiva del estándar internacional de la imposición unitaria. La disponibilidad de datos que relacionen beneficios con territorios ofrece ciertamente una nueva perspectiva y para algunos cuestiona la vigencia del principio de entidad separada, precisamente en un momento en que las cadenas mundiales de creación de valor

would improve the fairness and transparency of international tax and help create a level playing field for business. Picciotto, *Towards Unitary Taxation*... Ibidem, 2012, pg. 1 (el subrayado es nuestro)

⁷³³ Una cuestión terminológica: la doctrina que promueve esta reforma, mayoritariamente norteamericana, empezó a denominar el modelo a través del método de reparto de las bases imponibles, que se haría de acuerdo con una fórmula polinómica preestablecida, de donde el nombre de “*formulary apportionment*”, que podríamos traducir como como distribución formularia. En los últimos tiempos, han comenzado a utilizar preferentemente el término “*unitary taxation*” o imposición unitaria, haciendo referencia a que se trata a todo el grupo como una única unidad económica, siendo este el nombre que seguimos en este estudio. El concepto de “imposición unitaria” implica que se ignora el principio de entidad separada y se exige un impuesto societario único.

⁷³⁴ Relanzado por el Comisario Moscovici, el Proyecto de la base común y consolidada tiene más de 15 años de existencia pero no tomó cuerpo en forma de proyecto normativo hasta 2011, cuando se presentó la Propuesta de Directiva del Consejo, de 16 de marzo de 2011, relativa a una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades (BICCIS). El proyecto de 2011 no fue finalmente aprobado, precisamente por distanciarse del principio de plena concurrencia. El relanzamiento actual se hace precisamente en nombre de la equidad, arguyendo que será una herramienta extremadamente eficaz para cumplir los objetivos de una imposición más justa y eficaz, reducirá las cargas administrativas y simplificará el mercado único para las empresas, será muy efectiva al atajar los problemas de BEPS, porque las transacciones intragrupo no permitirán la manipulación de los beneficios ya que simplemente serán ignoradas, y la cifra de beneficios consolidada se distribuirá de acuerdo con una fórmula preestablecida. También la BICC será eficaz a la hora de solventar los problemas de la financiación mediante deuda en lugar de fondos propios por la misma razón. (UE: *Questions and Answers on the CCCTB re-launch* [en línea] Bruselas, 17 de junio de 2015. Disponible en [http://europa.eu/rapid/press-release MEMO-15-5174 en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-5174_en.htm) [consulta 20 de marzo de 2016]) y UE: *Propuesta de Directiva del Consejo Relativa a una Base Imponible Común del Impuesto sobre Sociedades*. COM (2016) 685 Final. Estrasburgo, 25 de octubre de 2016.

⁷³⁵ STEWART, D.: *BEPS presents slippery slope towards Formulary Apportionment*. *Tax Notes International - Analysts*. Febrero de 2015.

Ubaldo González de Frutos

Equidad, Precios de Transferencia e Imposición Unitaria

parecen actuar en el mismo sentido de dar más importancia al grupo que a sus partes componentes. La posición de la OCDE, por el contrario, es que el IPPP refuerza el mecanismo de los precios de transferencia, dándole mayor transparencia y coherencia.

Otra inquietud ha surgido por los trabajos de la OCDE sobre el método del reparto del beneficio, un trabajo aún en curso y que se desarrollará durante 2016⁷³⁶ a la luz de los resultados de BEPS en otras áreas, como la de la economía digital y los trabajos adicionales para la determinación de los precios de transferencia cuando la información sobre comparables disponible es limitada, para finalizar en la primera mitad de 2017. La inquietud provenía de que el propio *Plan de Acción de BEPS* reconocía que el principio de plena competencia podría no ser suficiente en todas las circunstancias, y que podrían precisarse algunas medidas especiales, incluso fuera de dicho principio, para hacer frente a las deficiencias en materia de activos intangibles, riesgo y exceso de capitalización⁷³⁷. Se discutieron las posibles medidas especiales⁷³⁸ y, sin embargo, finalmente todas las medidas presentadas en el informe de 2015 respetaron escrupulosamente el principio de plena competencia, y el *Plan de Acción de BEPS* alcanzó todas sus metas sin necesidad de adoptar medidas especiales fuera del hasta ahora sacrosanto principio. Resta por ver si en 2016 y 2017, cuando se discuta el objetivo de la Acción 10 de orientar mejor a administraciones tributarias y contribuyentes sobre las circunstancias en las que el método de división del beneficio pueda ser el método más adecuado, e indicar qué enfoques pueden adoptarse para efectuar una división fiable de los beneficios, no se acude a alguna forma de distribución formularia para el beneficio residual del método de distribución del beneficio, como sugiere Avi-Yonah⁷³⁹.

Kadet⁷⁴⁰ ha señalado también cómo los trabajos en curso sobre el método de distribución del beneficio aproximan el principio de plena concurrencia a la imposición unitaria. La relación es clara porque en la práctica el método se aplica utilizando criterios objetivos de distribución, ya

⁷³⁶ Véase el capítulo 8

⁷³⁷ OCDE, *Plan de Acción*, 2013, Ibíd. pg. 23.

⁷³⁸ La discusión de medidas especiales contempló una serie de opciones que finalmente fueron descartadas. Véase el borrador para información pública OCDE: *BEPS Actions 8, 9 And 10: Discussion Draft on Revisions to Chapter 1 of the Transfer Pricing Guidelines (Including Risk, Recharacterisation, And Special Measures)* [en línea] <http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/discussion-draft-actions-8-9-10-chapter-1-TP-Guidelines-risk-recharacterisation-special-measures.pdf>

⁷³⁹ AVI-YONAH, Reuven: Splitting the Unsplittable: Toward a Formulary Approach to Allocating Residuals Under Profit Split. En *University of Michigan Law School*, Research Paper 378

⁷⁴⁰ KADET, J.: Expansion of the Profit-Split Method: The Wave of the Future. En *Tax Analysts International – Tax Notes*, 2015

Ubaldo González de Frutos

Equidad, Precios de Transferencia e Imposición Unitaria

sea relacionados con los activos, ya con los costos, o incluso con las ventas, y esto le aproxima a la distribución mediante fórmula, con la diferencia de que en el método de división de los beneficios los criterios de distribución se determinan caso por caso, a la luz de los hechos y circunstancias relevantes⁷⁴¹, mientras en la distribución formularia los criterios de la fórmula son fijos y universales.

La aplicación del principio de plena competencia, sin embargo, está reconocida tanto en el Modelo de Convenio de la OCDE como en el de las Naciones Unidas, aunque su aplicación correcta exige transparencia hacia las Haciendas Públicas para que puedan estimar el riesgo adecuadamente y verificar en su caso los hechos relevantes. Esta necesidad se atiende por la documentación de los precios de transferencia, en su triple forma de archivo maestro, archivo local y, desde 2016, el informe país por país, pero ignorar los problemas de aplicación sería desconocer la realidad existente. En el epígrafe 2 del Capítulo 4 hemos examinado la creciente importancia de las multinacionales como agentes económicos y el desarrollo de las cadenas globales de creación de valor, factores que acentúan la problemática de los precios de transferencia, dejando a la transparencia y a la RSC como paliativos para un mejor cumplimiento por parte de los grupos multinacionales.

Las críticas a los precios de transferencia son tan antiguas como el propio sistema, y periódicamente renacen con nuevos argumentos. Incluso se alimentan en paradojas como la de que Estados Unidos, el país que más decididamente impulsó la adopción de este estándar internacional para distribuir los beneficios en el seno de un grupo, utiliza a la hora de distribuir

⁷⁴¹ En la práctica, la división de las ganancias bajo el método de división del beneficio transaccional se logra generalmente usando una o más claves de reparto. Dependiendo de los hechos y las circunstancias del caso, la asignación puede ser una cifra clave (por ejemplo, un 30% - 70% de división basado en las pruebas de división de beneficios similar entre partes independientes en operaciones comparables), o una variable (por ejemplo, el valor relativo de los gastos de comercialización u otros criterios.... basados por ejemplo en las ventas incrementales, de personal (número de personas que participan en las funciones clave que generan valor en la transacción), en el tiempo empleado por un determinado grupo de empleados si hay una fuerte correlación entre el tiempo empleado y la creación de Las ganancias combinadas, el número de servidores, la fecha de almacenamiento, el área de la superficie destinada a la venta, etc., que pueden ser apropiados dependiendo de los hechos y circunstancias de las operaciones. Cuando se utiliza más de un criterio de reparto, será también necesario ponderar la importancia que cada claves de reparto representa en la asignación de los beneficios combinados. OCDE: BEPS Action 10: Discussion Draft on the use of Profit Splits in the Context of Global Value Chains [en línea], 2014. Disponible en <http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/discussion-draft-action-10-profit-splits-global-value-chains.pdf> [consulta 21 marzo 2016]

los beneficios de sus sociedades con presencia en más de un Estado⁷⁴² una fórmula basada en indicadores objetivos de negocio y no el principio de plena competencia. Como muestra de que la porosidad de las reglas de precios de transferencia supone un incentivo para desviar los beneficios hacia jurisdicciones de baja tributación Avi-Yonah comparó las diez jurisdicciones distintas de Estados Unidos donde las multinacionales americanas obtenían mayores beneficios, y demostró que siete de ellas son de baja tributación⁷⁴³. La literatura científica confirma que efectivamente las multinacionales responden a diferencias de tipo impositivo entre los países⁷⁴⁴.

10.2.- ORIGENES DEL ESTANDAR

El origen remoto de los precios de transferencia lo sitúa Graetz en 1921, en el curso de los debates parlamentarios de la Ley que introdujo en el Income Tax norteamericano la deducción por doble imposición internacional⁷⁴⁵. T.S. Adams estaba preocupado por la manipulación de los beneficios por las multinacionales y pidió que se autorizase al *Commissioner* a consolidar los beneficios de los grupos de sociedades para poder hacer una atribución correcta de los beneficios.

En cambio, esta norma anti elusión estuvo ausente en el Estudio de 1923 de los Cuatro Economistas, también en el informe de 1925 que, aunque reconoció que existían dos enfoques, el estándar norteamericano y ciertos métodos formularios, como el existente en el Tratado entre Austria y Checoslovaquia y en el de Polonia con Danzig, no se manifestó en favor de uno u otro.

En el artículo 5 del Modelo de 1927 se indicaba que cada estado debería gravar la parte de renta producida en su territorio, pero sin indicar una metodología. En ausencia de cuentas que mostrasen la verdadera renta de forma exacta y separada, las administraciones competentes deberían llegar a unos acuerdos sobre las reglas para la división. Con ello el Comité Fiscal de la

⁷⁴² Ley de División Uniforme de los Ingresos a Efectos Fiscales (*Uniform Division of Income for Tax Purposes Act (UDITPA)*) regula la distribución interterritorial dentro de EEUU. Además del Impuesto de Sociedades federal, de regulación única en todo el país, existen impuestos de Sociedades de ámbito estatal, con regulación propia y tipos de gravamen distintos en 48 Estados, aunque 44 siguen la fórmula de Massachusetts: una combinación de activos, salarios y ventas.

⁷⁴³ AVI-YONAH, Reuven S.: Globalisation, Tax Competition and the Fiscal Crisis of the Welfare State, 113 *Harvard Law Review* número 1537, 2000

⁷⁴⁴ DE MOOIJ, R y EDERVEEN S.: "Corporate Tax Elasticities: A Reader's Guide to Empirical Findings" En *Oxford Review of Economic Policy*, Vol. 24, pgs. 680-97. 2008

⁷⁴⁵ Véase Graetz, *The original intent...* Ibídem, 1997, pg. 1060

Ubaldo González de Frutos

Equidad, Precios de Transferencia e Imposición Unitaria

Sociedad de las Naciones no elegía un método u otro, simplemente refería el tema a un comité permanente para decidir el método a seguir.

El segundo paso en la introducción del estándar de libre concurrencia se produce en el Modelo de 1928, pero todavía no con un alcance general, como el del artículo 9 actual, sino con una dimensión mucho más limitada, concretamente en el seno del artículo 5 al tratar el establecimiento permanente. Es también en 1928 cuando el Tesoro introduce en el Código Tributario la norma precursora del actual artículo 428⁷⁴⁶.

En 1929, el Comité Fiscal de la Sociedad de las naciones, recientemente constituido, afronta seriamente las reglas de distribución de la renta, y pide al profesor T.S. Adams que prepare un informe con las prácticas existentes⁷⁴⁷. Adams informó que la mayoría de países invertía en el exterior creando una persona jurídica local, con lo cual la entidad tenía sus propias cuentas. En el caso en que no hubiera cuentas separadas o estas no fuesen fiables, el informe de Adams indicaba que se utilizan procedimientos empíricos o formularios. Adams escribió que en Alemania y en España⁷⁴⁸, cuando la matriz y filial forman una entidad económica, la filial se podía tratar como una rama de la matriz. Austria prefería que la filial pagase en un porcentaje de los beneficios del grupo, pero finalmente se impuso la solución norteamericana del ALS.

Fallecido el profesor Adams, se encargó del Comité Mitchell B. Carroll, cuyo Informe se discutió por el Comité Fiscal de la Sociedad de las Naciones en 1933. Carroll examinó los sistemas de 27 países y llegó a la conclusión de que el sistema más extendido con diferencia era el Arm's Length Standard. En conclusión, expresó su preferencia por la contabilidad separada y por el principio de libre concurrencia, que era el método preferido también por la Cámara Internacional de Comercio⁷⁴⁹.

El Borrador de Convenio de 1933 formalmente propone el principio de libre concurrencia: *Las autoridades fiscales de los Estados contratantes deberán, si es necesario, en ejecución del párrafo precedente, rectificar las cuentas, especialmente para corregir errores u omisiones, o*

⁷⁴⁶ Véase GONZÁLEZ DE FRUTOS, Ubaldo. La Experiencia Norteamericana en los Precios de Transferencia, en CORDÓN EZQUERRO, Teodoro (Ed.) *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*, Editorial Estudios Financieros, Madrid, 2010, pg. 119.

⁷⁴⁷ Véase *Lepard, is the United States...?* 2000, ibidem pg. 63

⁷⁴⁸ La "solución española" es citada también por PICCIOTTO, Sol: *Is the International Tax System Fit for Purpose, Especially for Developing Countries?* [en línea] International Center for Tax and Development. Working Paper 13. <http://www.ictd.ac/en/publications/international-tax-system-fit-purpose-especially-developing-countries> [Consulta 16 enero 2016]

⁷⁴⁹ Véase *Lepard, is the United States...?* 2000, ibidem. pg. 65.

Ubaldo González de Frutos

Equidad, Precios de Transferencia e Imposición Unitaria

reestablecer los precios o las retribuciones registradas en los libros al valor que prevalecería entre personas independientes en transacciones libres de mercado. El Borrador de 1933 permitió diversos métodos empíricos, como métodos subsidiarios, incluyendo un porcentaje de la facturación determinado de acuerdo con la materializa de las operaciones realizadas por el EP en comparación con los beneficios obtenidos por empresas del sector en el país de referencia. Sin embargo, el Borrador de 1933 nunca fue aprobado como Modelo de Convenio.

La primera vez que se usó el principio de libre concurrencia en un tratado bilateral fue en 1932, en el tratado entre Francia y EEUU⁷⁵⁰, que ya tenía la norma vigente desde 1928.

En los años 80 se desató una importante oleada de críticas al principio de plena competencia en Estados Unidos, coincidiendo con las reformas de la legislación que tuvieron lugar en esos años en EEUU. Efectivamente, en 1988 el Tesoro publicó el Libro Blanco para la reforma de los Precios de Transferencia siguiendo un mandato expreso de la reforma fiscal que llevó a cabo Reagan en 1986. El Libro Blanco de 1988 terminaría trasladándose en una importante reforma de los métodos de determinación de los precios de transferencia en 1994, con la introducción del método de los márgenes comparables (similar al método del margen neto transaccional que se incorporó a las *Directrices* en 1995), y el de División de Beneficios, también aclimatado en las *Directrices*⁷⁵¹. Pues bien, entre 1988 y 1994 asistimos a una época de intenso debate ideológico⁷⁵² entre los partidarios de mantener una forma ampliada de precios de transferencia⁷⁵³ y los detractores, que preferían sustituirlo por la metodología de la imposición formularia o unitaria⁷⁵⁴. En el parlamento norteamericano también se debatió, e incluso hubo

⁷⁵⁰ Véase Lepard, *is the United States...?* 2000, ibídem. pg. 69

⁷⁵¹ Véase GONZÁLEZ DE FRUTOS, Ubaldo. La Experiencia Norteamericana en los Precios de Transferencia, en CORDÓN EZQUERRO, Teodoro (Ed.) *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*, Editorial Estudios Financieros, Madrid, 2010, 968 págs.

⁷⁵² Para un resumen del debate véase TURRO, John: "The battle over Arm's length and Formulary Apportionment". En *Tax Notes*, 65, 1595, 26 de diciembre de 1994

⁷⁵³ COLFILL, Eric J y WILSON, Prentiss: "Federal Formulary Apportionment as an alternative to Transfer Pricing. From the Frying Pan to the Fire?" En *Tax Notes* 59, 1103, 24 de mayo de 1993; y WILKINS, William J y GIDEON, Kenneth W.: "Memorandum to Congress: You Wouldn't like Worldwide Formula Apportionment". En *Tax Notes*, 65, 1259, 5 de diciembre de 1994.

⁷⁵⁴ Véase HELLESTEIN, Jerome F.: "Federal income Taxation of Multinationals: Replacement of Separate Accounting with Formulary Apportionment". En *Tax Notes*, no. 60, pg. 1131, 23 de Agosto de 1993, KAUDER, Louis M.: "Intercompany pricing and Section 482: A proposal to shift from uncontrolled comparables to formulary apportionment now. En *Tax Notes*, 485, 25 de enero de 1993; LANGBEIN, Stanley I: "A Modified fractional apportionment Proposal for Transfer Pricing". En *Tax Notes*, 54, 719, 10 de febrero de 1992 y MILLER, Benjamin F.: *None are so blind as those who will not see*. En *Tax Notes*, 66, pg. 1023, 13 de febrero de 1995.

una moción para aplicar la imposición formularia con la intención de reducir la brecha fiscal de incumplimiento⁷⁵⁵.

10.3.- EL PRINCIPIO DE PLENA COMPETENCIA EN LAS MULTINACIONALES HOY

Al margen de las cuestiones de equidad que hemos apuntado en la introducción de este Capítulo, las críticas al principio de plena competencia empiezan por la propia convención contable del principio de entidad separada, que es la base del consenso internacional para la distribución de potestades impositivas mediante el principio de plena competencia. El principio de entidad separada sostiene que cada una de las partes integrantes del grupo tiene su propia entidad como sujeto contable, y por tanto son sus cuentas las que sirven de base para determinar la parte del beneficio del grupo que va a tributar en cada jurisdicción, pero ciertamente se trata de una convención que no se cohonestaba bien con la realidad, y mucho menos en el escenario de las cadenas mundiales de creación de valor. Puesto que el grupo es una unidad económica y que existen diferencias de tipos de gravamen entre unas jurisdicciones y otras, algunas de ellas con impuestos prácticamente inexistentes, existe un incentivo para distribuir los beneficios en forma inversamente proporcional al tipo de gravamen en cada jurisdicción, dando lugar a una planificación fiscal internacional que se apalanca en otras prácticas como la deducibilidad de intereses en transacciones financieras dentro del grupo o las estructuras híbridas.

Pero desde el punto de vista económico seguramente la crítica más fundada es que choca con la realidad, pues la propia razón de existir de los grupos multinacionales es aprovechar sinergias y ventajas financieras y comerciales dentro del grupo y, por tanto, resulta intrínseco a su propia naturaleza que la valoración intergrupar de las operaciones difiera de la que se realizaría entre partes independientes. *“Las multinacionales existen porque de su estructura se derivan ventajas, dentro y fuera del mercado. La estructura de las multinacionales les permite internalizar costes de transacción, lo que aumenta la eficiencia a la hora de financiarse, anunciar productos, lograr economías de escala, y proteger sus valiosos intangibles. Por tanto, si uno aplica la retribución del mercado separadamente a cada uno de los componentes de la multinacional, el resultado será inferior al de la organización como un todo”*⁷⁵⁶. Las

⁷⁵⁵ Véase LEPARD, Brian D. *“Is the United States obligated”* ibídem 1999. página 53

⁷⁵⁶ AVI-YONAH, Ruben: The Rise and Fall of Arm's Length: A study in the Evolution of U.S. International Taxation. En *University of Michigan Law School*, Research Paper 73, 2007. [en línea] http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1074&context=law_econ_archive [Consulta 24 enero 2016], página 25.

Ubaldo González de Frutos

Equidad, Precios de Transferencia e Imposición Unitaria

operaciones entre entidades integradas en un grupo multinacional no pueden compararse a las de mercado porque son esencialmente distintas, sobre todo en el contexto actual de las cadenas mundiales de creación de valor, en cuyo seno las sinergias intragrupo confieren a las operaciones vinculadas su verdadera naturaleza. Incluso se ha llegado a decir que la manipulación de los Precios de Transferencia es la verdadera razón de ser de las multinacionales⁷⁵⁷.

Además, la evolución de la realidad económica de las multinacionales ha agravado el problema del principio de entidad separada. Si en el pasado dicho principio ha funcionado relativamente bien, sobre todo en transacciones entre economías poco integradas, en la actualidad mantener una separación formal entre entidades que están integradas en un grupo carece de sentido, y mucho menos en transacciones entre economías con alto grado de integración, que es el motivo por el que la distribución formularia se utiliza sin problemas en Estados Unidos para las transacciones interestatales y también la razón de que tenga viabilidad la propuesta de la BICC de Moscovici.

Avi-Yonah también denuncia también la noción de los “comparables” como una falacia, pues no es fácil normalmente encontrar transacciones entre partes independientes que sirvan como referencia para valorar las operaciones intragrupo. Esta crítica fue recibida en el informe de la OCDE al Grupo de Desarrollo del G-20 y ha motivado a la OCDE a buscar herramientas para suplir la falta de comparables mediante el desarrollo de bases de datos, el uso adecuado de comprables extranjeros o bien mediante enfoques alternativos tipo safeharbours⁷⁵⁸.

En la práctica, la falta de transacciones comparables en el mercado lleva a comparar el margen de beneficios de fabricantes o distribuidores que operan en circunstancias económicas similares, y para Avi-Yonah esta comparación pudo tener significado y hasta cierta lógica cuando se desarrolló el principio de entidad separada, porque la infraestructura de comunicaciones y el desarrollo de los medios de transporte no había llegado todavía al momento de permitir la gestión centralizada de los grupos multinacionales, y por tanto muchas filiales de los grupos

⁷⁵⁷ Véase la referencia bibliográfica en la Nota 2 de AVI-YONAH, Ruben: The Rise and Fall of Arm's Length: A study in the Evolution of U.S. International Taxation. En *University of Michigan Law School*, Research Paper 73, 2007. [en línea] http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1074&context=law_econ_archive [Consulta 24 enero 2016]

⁷⁵⁸ OCDE: *Part 1 of a report to G20 Development Working Group on the impact of BEPS in low income countries* [en línea], 2014 <http://www.oecd.org/tax/tax-global/part-1-of-report-to-g20-dwg-on-the-impact-of-beps-in-low-income-countries.pdf> [consulta 25 de enero de 2016]

funcionaban virtualmente como entidades independientes. Había por consiguiente cierta lógica en el principio de entidad separada y en la comparación de estas entidades con otros fabricantes o distribuidores independientes. Sin embargo, con el desarrollo de la tecnología y de las comunicaciones, no existe ya gestión separada de las entidades filiales, sino que las decisiones estratégicas, e incluso la gestión ordinaria de los negocios, se realiza centralizadamente por unidades del grupo multinacional, generando así sinergias que son las que explican la propia existencia del grupo multinacional. Es más, la importancia de las sinergias es tal que los fabricantes o distribuidores independientes sucumben ante el avance de filiales de grupos multinacionales, lo que significa la progresiva desaparición de entidades independientes que puedan servir como referencia para evaluar la rentabilidad de una empresa.

Por consiguiente, si no existe autonomía de gestión y capacidad contractual porque las filiales y la matriz conforman una unidad económica en el grupo multinacional que niega esa autonomía, la pregunta que emerge es si tiene sentido económico seguir defendiendo el principio de entidad separada. El problema se agrava para los países cuya legislación se basa en el principio de territorialidad en lugar de una definición tipo renta mundial, puesto que en tal caso el incentivo para desviar las rentas de la entidad local hacia otras jurisdicciones es aún mayor. La manipulación de los precios de transferencia puede ser especialmente efectiva en relación con los activos intangibles, pues resultan mucho más fáciles de ubicar en jurisdicciones especiales que otro tipo de activos⁷⁵⁹.

En suma, si las multinacionales derivan los beneficios hacia jurisdicciones donde el impuesto es menor, ya sea mediante operaciones corrientes, ya mediante verdaderas reestructuraciones empresariales, o simplemente abusando del derecho, se plantea la cuestión de si un modelo alternativo solventaría esos problemas. La estrategia habitual de las inspecciones de precios de transferencia no es eficaz: aún en el caso de que la administración esté bien dotada de medios humanos, sea eficiente, tenga a su disposición toda la información necesaria, y pueda realizar las comparaciones procedentes, encontraremos que la valoración de los precios de transferencia va incluir un amplio margen de discreción o de subjetividad, lo cual es especialmente cierto para las transacciones que implican cesiones de bienes o derechos que son únicos e incomparables, y que son el principal activo intangible de una multinacional.

⁷⁵⁹ Es cierto que para las rentas pasivas las normas de transparencia fiscal internacional (CFC) suponen una atracción inmediata del beneficio a la jurisdicción local, pero también es cierto que las normas de transparencia fiscal internacional son fáciles de eludir.

10.4.- LA IMPOSICIÓN UNITARIA COMO ALTERNATIVA

Para suplir las carencias del principio de plena concurrencia se ha propuesto la distribución de beneficios basada en una fórmula polinómica, enfoque que más recientemente se ha denominado “imposición unitaria”, una literatura crítica que ha buscado la alternativa en metodologías que intentan determinar el beneficio no a partir de las cuentas de las filiales, sino a partir de los beneficios del grupo consolidable. Desde los trabajos seminales de Peggy Musgrave⁷⁶⁰ hasta los más recientes de Picciotto⁷⁶¹ y Avi-Yonah⁷⁶², pasando por Hellenstein⁷⁶³, Kauder⁷⁶⁴, Langbein⁷⁶⁵ y Miller⁷⁶⁶, numerosos intelectuales han defendido la sustitución del estándar internacional sin éxito.

Picciotto achaca el fracaso de la propuesta al inmovilismo de los Estados y a los intereses ocultos de las sociedades⁷⁶⁷. Indagando sobre el coste de cambiar a un sistema unitario de distribución basado en una fórmula, Shakelford y Slemrod⁷⁶⁸ calcularon el coste fiscal que supondría la aplicación de un método basado en una fórmula para 46 multinacionales americanas con base en datos disponibles públicamente para el periodo 1989–1993. Su conclusión es que, si se utilizasen los mismos tres parámetros que en derecho interno norteamericano (activos, ventas y plantilla), las multinacionales del estudio tendrían un incremento de obligaciones tributarias en EEUU de un 38 por ciento, con un incremento del 81 por 100 en las empresas petrolíferas, conclusiones que claramente apoyaban la sustitución del

⁷⁶⁰ MUSGRAVE, Peggy: Tax Base Shares: the Unitary versus the Separate Entity Approaches. En *Canadian Tax Foundation*, 21, 1979

⁷⁶¹ PICCIOTTO, Sol: *Towards Unitary Taxation of Transnational Corporations* [en línea], 9 diciembre 2012. Disponible en http://www.taxjustice.net/cms/upload/pdf/Towards_Unitary_Taxation_1-1.pdf [consulta 21 de febrero de 2016]

⁷⁶² AVI-YONAH, Reuven S., Splitting the Unsplittable: Toward a Formulary Approach to Allocating Residuals Under Profit Split. [en línea] En *University of Michigan Law School*, Research Paper 378. 2014 http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2369944 [Consulta 16 enero 2016].

⁷⁶³ HELLESTEIN, Jerome F.: “Federal income Taxation of Multinationals: Replacement of Separate Accounting with Formulary Apportionment”. En *Tax Notes*, no. 60, pg. 1131, 23 de Agosto de 1993.

⁷⁶⁴ KAUDER, Louis M.: “Intercompany pricing and Section 482: A proposal to shift from uncontrolled comparables to formulary apportionment now. En *Tax Notes*, 485, 25 de enero de 1993;

⁷⁶⁵ LANGBEIN, Stanley I.: “A Modified fractional apportionment Proposal for Transfer Pricing”. En *Tax Notes*, 54, 719, 10 de febrero de 1992

⁷⁶⁶ MILLER, Benjamin F.: *None are so blind as those who will not see*. En *Tax Notes*, 66, pg. 1023, 13 de febrero de 1995

⁷⁶⁷ Habla Picciotto de “vested interests”, en *Towards Unitary Taxation...*, 2012, ibidem, pg. 1

⁷⁶⁸ SHACKELFORD, Douglas y SLEMROD, Joel; The Revenue Consequences of Using Formula Apportionment to Calculate U.S. and Foreign-Source Income: A Firm-Level Analysis. En *International Tax and Public Finance* 5(1): 41-59. 1998, [en línea, disponible en <http://hdl.handle.net/2027.42/46120> , consulta 23 de marzo de 2016]

estándar por motivos de equidad⁷⁶⁹, a la vez que confirman que el estándar de plena concurrencia es más cómodo para las multinacionales. Sin embargo, posteriormente Clausing y Lavah⁷⁷⁰ hicieron un estudio utilizando datos de las cincuenta multinacionales más grandes de Estados Unidos para determinar cuál sería el cambio en la cantidad de impuestos a pagar si se aplicara una imposición unitaria con la fórmula de los tres factores típicos (activos, salarios y ventas) que utilizaron Shackelford y Slemrod en 1998, y los resultados del estudio de Clausing y Lavah no confirmaron los de Shackelford y Slemrod. En este caso, los años estudiados son 2005 a 2007, casi 20 años después, y los resultados son muy diferentes: la cantidad de impuestos a pagar sería un poco superior que con el sistema de precios de transferencia vigente, pero ni mucho menos estaría en las cifras que encontraron Shackelford y Slemrod. Estos trabajos dejan un poco en el aire la alegación de que las multinacionales consiguen resultados inequitativos apoyándose en los precios de transferencia.

En teoría, tanto el principio de plena concurrencia como la imposición unitaria pueden funcionar, aunque ninguno está exento de defectos. De hecho, algunos autores sostienen que no se debe contraponer los dos sistemas como métodos alternativos, sino que el principio de plena competencia y la imposición formularia forman parte de un mismo continuum, del cual son los dos extremos⁷⁷¹. La extensión del principio de plena competencia de principios de los 90, dando entrada el Método del Margen Neto Transaccional y al de División de Beneficios, ya supuso la quiebra del principio de plena concurrencia y un avance hacia la distribución formularia. En consecuencia, para Avi-Yonah lo lógico es seguir el mismo camino. Como medida más inmediata, en 2014 propuso que la reforma de BEPS introdujera una fórmula para distribuir el

⁷⁶⁹ Los autores, no obstante, se expresaban con cautela, indicando que la disparidad de resultados se podría deber a que las actividades en el exterior sean más rentables, al trasvase de bases y elusión de beneficios o bien a errores de cálculo.

⁷⁷⁰ CLAUSING, Kimberly y LAVAH, Yaron: Corporate tax payments under formulary apportionment: Evidence from financial reports of 50 major U.S. multinational firms. En *Journal of International Accounting, Auditing, and Taxation*, n. 20. 2011

⁷⁷¹ “The arm's length principle and formulary apportionment should not be seen as polar extremes; rather, they should be viewed as part of a continuum of methods ranging from CUP to predetermined formulas. It is not clear where the arm's length principle ceases and formulary apportionment begins, and it is counterproductive and unimportant to attempt to apply labels to the methods”, de ARNOLD, Brian y MCDONELL, Thomas: “Report on the Invitational Conference on Transfer Pricing: The allocation of Income and Expenses among Countries, en *Tax Notes*, 1377, 13 de diciembre de de 1993, citado por AVI-YONAH, Ruben: The Rise and Fall of Arm's Length: A study in the Evolution of U.S. International Taxation. En *University of Michigan Law School*, Research Paper 73, 2007. [en línea] http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1074&context=law_econ_archive [Consulta 24 enero 2016], pg 29.

Ubaldo González de Frutos

Equidad, Precios de Transferencia e Imposición Unitaria

beneficio residual en el método de reparto de beneficios⁷⁷², aunque esta metodología fue rechazada en el informe final de las Acciones 8-10 de BEPS.

La utilización de una fórmula fija simplificaría ciertamente el sistema, reduciría los costes indirectos y los incentivos para la planificación fiscal agresiva. Sin embargo, para aplicar un sistema de distribución de las bases con arreglo a una fórmula polinómica se requiere un acuerdo internacional. En la práctica, como veremos a continuación, el problema de la imposición unitaria es la falta de consenso internacional.

10.5.- CUESTIONES POLÍTICAS Y TÉCNICAS EN LA DEFINICIÓN DEL ESTÁNDAR INTERNACIONAL

La discusión entre el principio de la plena concurrencia y la imposición unitaria no es tanto un problema técnico como una decisión política. La noción de que en fiscalidad internacional la unidad económica relevante es el grupo multinacional no es cuestionable. De hecho, el principio de entidad separada no es más que una forma de reconocerlo y de tratar de distribuir el beneficio de un modo racional.

Un elemento importante es resolver la cuestión de si el principio de plena competencia es una norma consuetudinaria de derecho fiscal internacional. Los dos modelos de tratados internacionales existentes, OCDE y ONU, lo consagran, y la práctica totalidad de los tratados bilaterales lo siguen. La cuestión es hasta qué punto los países cuando lo siguen lo hacen bajo el convencimiento de que se trata de una norma consuetudinaria. Sobre esta cuestión también existen diferentes opiniones. Lepard, tras un detallado estudio⁷⁷³ concluye que el ALS tiene una gran autoridad normativa en EEUU pero no es una norma consuetudinaria de derecho internacional público.

⁷⁷² En precios de transferencia la parte más complicada es la atribución del beneficio residual. Si la fórmula se aplica sólo a esta parte del beneficio, entonces no es necesario cambiar el estándar internacional. Para Avi Yonah la aplicación de la distribución formularia para la distribución del beneficio residual es una solución eficiente y equitativa. Véase AVI-YONAH, Reuven S. y BENSHALOM, Ilan. "Formulary Apportionment: Myths and Prospects - Promoting Better International Tax Policy and Utilizing the Misunderstood and Under-Theorized Formulary Alternative". EN *U of Michigan Public Law Working Paper*, Núm 221. 16 octubre, 2010. El propio Avi Yonah refina su posición en 2014, véase AVI-YONAH, Ruben: *Splitting the Unsplittable: Toward a Formulary Approach to Allocating Residuals Under Profit Split*. [en línea] En *University of Michigan Law School, Research Paper* 378. 2014 http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2369944 [Consulta 16 enero 2016].

⁷⁷³ LEPARD, Brian D. "Is the United States obligated...". *Ibidem* 1999, página 47

Sin embargo, el argumento más fuerte, seguramente, en contra de la imposición unitaria es el de la defensa de la jurisdicción, es decir, la soberanía. En un modelo unitario, distribuir el beneficio entre todas las empresas del grupo supone que sólo va a haber un sujeto pasivo: el grupo, y entonces sólo sería competente para su control la administración tributaria del país donde resida su matriz, lo cual sería sencillamente inaceptable para los países de las filiales⁷⁷⁴.

Además, no es difícil predecir que se produciría una fuga de matrices a paraísos fiscales, como simplemente para evitar las normas CFC de transparencia fiscal internacional estamos ya viendo en el fenómeno de la inversión de domicilio de las sociedades. Por consiguiente, la única respuesta a la cuestión de la jurisdicción en el contexto de los Estados-nación parece ser el ejercicio separado en los respectivos territorios. De esta forma, se gravan las distintas entidades que conforman el grupo en los Estados donde se han constituido –aplicando el principio de residencia– o donde ejercen sus actividades económicas – mediante el gravamen de los establecimientos permanentes– y cada Hacienda es autónoma a la hora de recaudar y controlar, siendo esta en suma la clave del éxito de los precios de transferencia.

La opción de la Sociedad de las Naciones por el principio de plena concurrencia fue determinada, ciertamente, por razones de naturaleza política, concretamente por la dificultad de poner de acuerdo a los diversos países sobre la fórmula de distribución de los beneficios⁷⁷⁵. Ocho décadas después, la imposibilidad de lograr un acuerdo político unánime a nivel mundial sigue siendo la principal causa para mantener un estándar que ha sido capaz, a pesar de la solvencia de algunas de sus críticas, de materializar un acuerdo político universal⁷⁷⁶.

⁷⁷⁴ Picciotto (*Towards Unitary Taxation*.... Ibídem, 2012, página 10) propone un sistema donde todas las filiales presentan la misma declaración impositiva en cada uno de los países donde tienen filiales o EPs, pero con ello ignora el carácter unitario del impuesto que propone. La lógica de un impuesto unitario es la de una declaración unitaria, que es la propuesta que formula la Unión Europea (*Questions and Answers on the CCTB re-launch*, ibídem, 2015, pg. 2)

⁷⁷⁵ En 1933 la capacidad de la Sociedad de las Naciones para generar un consenso político internacional era muy limitada, como subraya Picciotto (2103) habida cuenta de que muchos de los países más importantes, incluyendo Estados Unidos, Rusia, Alemania o Japón, no participaban en las negociaciones, lo que hacía impensable que fuesen a aceptar ningún acuerdo sobre una fórmula de distribución de los beneficios emanada de la misma.

⁷⁷⁶ Avi-Yonah, Clausen y Durst (*Allocating Business Profits for Tax Purposes*, ibídem 2009. Págs. 497-501) relacionan la imposición unitaria con las áreas económicas altamente integradas, poniendo por ejemplo las relaciones interestatales en los estados federados en EEUU. Sin embargo, el factor clave no es la integración económica, sino la autoridad para imponer una decisión política. En la Unión Europea, un área económica altamente integrada, se lanzó el proyecto por primera vez en el año 2001, en 2011 se transformó en Proyecto de Directiva, pero hasta el presente no ha podido convertirse en realidad porque en Bruselas rige la regla de la unanimidad a la hora de adoptar decisiones en materia

Ubaldo González de Frutos

Equidad, Precios de Transferencia e Imposición Unitaria

Los párrafos 1.21 y 1.22 de las Directrices de Precios de Transferencia de la OCDE indican que la distribución formularia no es una alternativa realista dada, precisamente, la dificultad de conseguir un consenso y coordinación internacional para establecer el sistema. El pacto político para implantar un sistema de imposición unitaria con distribución formularia de la base imponible es impracticable porque debería incluir un acuerdo universal sobre varios elementos. Como mínimo:

10.5.1.- Definición del contorno del grupo

La definición del grupo sujeto a consolidación no es una cuestión sencilla porque entran en juego distintas tradiciones jurídicas, lo que plantea dudas a la hora de integrar en el grupo patrimonios sin personalidad, como fideicomisos, comunidades de bienes, *joint-ventures*, etc. Incluso dentro de las entidades jurídicas, surge la duda de los criterios a utilizar, apareciendo propiedad y control como los más evidentes, pero la cuestión sigue sin ser pacífica. Pensemos por ejemplo en los distintos puntos de vista de los países sobre la inclusión de socios personas físicas, y en el porcentaje de participación que determinaría la inclusión de un socio en el grupo. Para las entidades mercantiles, surge también la duda de si el umbral debe ser el 50,01% en titularidad directa o indirecta, o si debe ser inferior. ¿Qué decir del criterio de control y de cómo definir la situaciones fácticas que lo origina, toda vez que este término se está desnaturalizando, haciéndose más borroso mediante alianzas estratégicas que se traducen en situaciones de control de hecho⁷⁷⁷?

Otro problema se produce cuando en un grupo se desempeñan distintas actividades. Picciotto⁷⁷⁸ propone que cada “negocio” forme un grupo consolidable distinto, porque habría pocas transacciones que consolidar y porque la consolidación invitaría a la elusión fiscal.

10.5.2.- Contabilidad de las operaciones

Para poder consolidar las cuentas del grupo es requisito indispensable la utilización de un único estándar contable, que podrían ser las Normas Internacionales de Contabilidad y Normas

de fiscalidad. Es cuestionable si el relanzamiento de 2015 va a prosperar dado que en Bruselas rige la regla de la unanimidad.

⁷⁷⁷ Como sostiene Lorraine Eden (EDEN, Lorraine. “Taxes, Transfer Pricing and the Multinational Enterprise”. En *The Oxford Handbook of International Business*, por RUGMAN, Alan, (Ed.,) Oxford University Press, Oxford, 2009, pg. 614). También Avi Yonah reconoce este problema (AVI-YONAH, Reuven S., *The Rise and Fall of Arm’s Length: A study in the Evolution of U.S. International Taxation*. En *University of Michigan Law School*, Research Paper 73, 2007. [en línea] http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1074&context=law_econ_archive [Consulta 24 enero 2016], pg. 27)

⁷⁷⁸ *Towards Unitary Taxation...* ibidem, pg. 10

Internacionales de la Información Financiera, aunque los países que han decidido no adoptarlas como estándar contable probablemente tampoco lo harían con finalidad meramente fiscal, al margen de cuestiones conexas como el alto coste de cumplimiento para las PYMES.

10.5.3.- Definición de la base imponible

Las reglas de determinación de la base deberían idealmente hallarse armonizadas a nivel mundial, lo que requeriría un acuerdo sobre cuestiones técnicas como la amortización de activos, la valoración de intangibles, la compensación de pérdidas y otros elementos estructurales del impuesto sobre sociedades sobre los que estamos muy lejos de poder cerrar un acuerdo a nivel mundial⁷⁷⁹.

Un aspecto conflictivo, por ejemplo, son los efectos transfronterizos de la consolidación. Cuando una de las empresas que forman el grupo está en pérdidas, éstas son absorbidas por empresas del grupo con beneficios en otra jurisdicción, lo que significa que el país donde residen las filiales con beneficios van a ver reducida su recaudación por pérdidas en otro país. Este rasgo frenó en 2011 la aprobación del proyecto comunitario de la BICC y de hecho en el relanzamiento de 2016 se ha evitado para no complicar el proceso.

También sería muy difícil hacer que los países renuncien a los resortes de incremento de competitividad internacional que tienen ahora en forma de reglas especiales de cálculo de la base. En un sistema armonizado, la base es única y por tanto todos los incentivos fiscales se trasladan al tipo de gravamen (con efectos de presión a la baja) o bien a la cuota, lo que los hace más transparentes y sometidos al escrutinio público. Las reglas de “patent box” ilustran bien este ejemplo, los países compiten para captar inversiones de alto potencial de creación de valor mediante reglas especiales de determinación de la base. Otro ejemplo son las exenciones de los dividendos procedentes de las filiales. En un sistema armonizado, todos los países deben optar por un sistema de fiscalidad territorial o mundial, pero la competencia en definición de bases simplemente ya no sería posible. Es difícil concebir que haya mecanismos políticos para lograr un acuerdo tal a nivel mundial.

⁷⁷⁹ Aunque Picciotto sostiene que “aunque sea deseable, una base imponible común no es esencial para un enfoque unitario. Como Michael McIntyre ha señalado, el sistema de fórmula de distribución operado por muchos estados de Estados Unidos funciona bien sin dicha base fiscal armonizada. La armonización de la base fiscal podría facilitarse utilizando los principios de la contabilidad para los que ya existen estándares internacionales” (Towards Unitary Taxation..., ibídem, 2012, pg. 11).

10.5.4.- La composición de la fórmula de reparto

Definida la base unitaria, el paso siguiente es la distribución por países de la base. Para ello se utilizaría una sencilla fórmula polinómica, pero la composición de la fórmula sería igualmente motivo de disputas sin fin, pues el acuerdo internacional tendría que abarcar el número de factores y su ponderación⁷⁸⁰. La primera cuestión es el número de factores, y aquí ya encontramos desacuerdo incluso entre los defensores de la determinación formularia. La doctrina generalmente viene a demandar una mezcla de 3 factores: activos, empleados y cifra de ventas⁷⁸¹, aunque Avi-Yonah, Clausing y Durst⁷⁸², y la organización SalesFactor.org⁷⁸³ defienden una fórmula basada en un único factor: la cifra de ventas⁷⁸⁴. La discusión sobre el número de factores crearía tensiones políticas de muy difícil resolución. Los países con abundancia de recursos naturales, por ejemplo, aportan una parte muy importante del valor a la cadena de producción al principio, pero participan muy escasamente en la cifra de ventas. Para ellos el acuerdo político sobre una fórmula basada en la cifra de ventas sería simplemente inaceptable. La decisión sobre los factores requeriría por tanto un acuerdo sobre qué elementos contribuyen a crear valor, si son sólo los relacionados con los costes, sólo con las ventas, o ambos, y en tal caso cuáles.

Pero aun en el caso improbable de que se llegase a un acuerdo universal sobre el número de factores, la ponderación de los mismos sería otra vez un importante punto de fricción que había muy difícil llegar a un acuerdo universal porque dichos elementos pueden tener un peso distinto en función del sector o de los territorios. Los países emergentes abogarían por un peso

⁷⁸⁰ Avi Yonah (*The rise and fall...* ibíd., 2007, pg. 27) califica la composición de la fórmula como el mayor obstáculo a la hora de llegar a un consenso, pues cada país querrá usar la fórmula que defienda mejor sus intereses, y si no se llega a un consenso, habrá doble imposición. Para las operaciones de fabricación propone una distribución de la fórmula donde el 50% se atribuya en función de costes y el otro 50% en función de las ventas, mientras aboga por funciones distintas para otras industrias, como la extractiva, la financiera o la de transportes.

⁷⁸¹ Así Picciotto, *Towards Unitary Taxation...*, 2012, ibídem, pg. 11.

⁷⁸² AVI-YONAH, Reuven S., CLAUSING, Kimberly y DURST, Michael: Allocating Business Profits for Tax Purposes: A Proposal to Adopt a Formulary Profit Split. En *Florida Tax Review*, 9, n. 5. 2009. Pgs. 497-553 [disponible en <http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1773&context=articles> Consulta 16 enero 2016]

⁷⁸³ SALES FACTOR: Sales factor apportionment is a clear, honest, and fair tax for 21st century American businesses. <http://www.salesfactor.org/>

⁷⁸⁴ Los Estados federados en EEUU están inclinándose mayoritariamente por el factor de las ventas como clave única, ya que entienden que la inclusión de los factores de producción en la fórmula desincentiva la inversión en los estados. En su experiencia, cuando una empresa no establecida en un estado concreto está pensando en invertir en el mismo, la expectativa de que por el mero hecho de instalar allí su factoría o comercio vaya a tener que pagar impuesto de sociedades estatal desincentiva la inversión.

importante de la mano de obra en la determinación de la fórmula, por ejemplo, pero incluso aunque pudiera llegarse a un entendimiento sobre la ponderación de la mano de obra, quedaría por determinar la forma de medir este factor. Los países en desarrollo defenderían el parámetro del número de empleados, mientras los países desarrollados preferirían el coste de la mano de obra.

Si se utiliza como elemento integrante de la fórmula los activos, también se plantean problemas de definición, porque aunque los activos fijos tienden a ser inmóviles, otros en cambio son esencialmente móviles, lo que hace que para empresas por ejemplo de transporte la localización del activo sea un criterio esencialmente manipulable. Una forma de solucionar este problema es crear una fórmula especial para este tipo de empresas⁷⁸⁵. También es un problema en general los activos intangibles, ya que por definición carecen de lugar de ubicación. La solución que se ha propuesto es simplemente eliminarlos de la fórmula⁷⁸⁶, pero esta solución no resulta satisfactoria: los activos intangibles son el motor de la creación de valor en el Siglo XXI y para las empresas de conocimiento representan la mayor parte de su activo.

El acuerdo unánime es imposible, como han demostrado Anand, Bharat y Sansing⁷⁸⁷ analizando las ponderaciones de factores en las fórmulas de cálculo en las relaciones internas en Estados Unidos y Canadá. Su conclusión es que la aceptación unánime de una misma fórmula para todos mejoraría el bienestar de todas las jurisdicciones participantes, y sin embargo para una jurisdicción cualquiera desviarse de la fórmula incrementa su bienestar a costa de los demás. Por tanto, el escenario natural no es pactista sino de competencia. Cada Estado propugna su propia fórmula y los que son importadores netos prefieren dar más importancia al factor de las

⁷⁸⁵ Picciotto propone fórmulas especiales para las empresas de transporte y para las empresas extractivas (*Towards Unitary taxation...*, ibidem, 2012, pg. 13). Por la misma lógica otros sectores reclamarían fórmulas especiales, por ejemplo el sector financiero. Finalmente, la fórmula general sería residual y habría una serie más o menos amplia de fórmulas especiales.

⁷⁸⁶ Picciotto, *Towards Unitary taxation...*, ibidem, 2012, pg. 11.

⁷⁸⁷ Anand y Sansing ofrecen una explicación, basada en la teoría del juego, al hecho de que en EEUU los Estados elijan diferentes fórmulas de prorrateo para el Impuesto sobre Sociedades. En teoría, todos los Estados se benefician si comparten el mismo modelo, con independencia de a dónde vaya la empresa, lo cual maximiza el bienestar colectivo. Pero a cada estado le preocupa más su propio bienestar que el bienestar colectivo, por lo cual maximiza su beneficio si se aleja de la fórmula colectiva. Por lo tanto, el equilibrio de Nash lleva a que los Estados que elijan diferentes fórmulas. Los Estados que importan productos y servicios prefieren utilizar el factor de las ventas, mientras que los Estados productores prefieren utilizar factores relacionados con los costes de producción. También ofrecen muestras empíricas de que en Estados Unidos las diferencias sobre la fórmula común confirman las predicciones del modelo (ANAND, Bharat y SANSING, Richard: *The Weighting Game: Formula Apportionment as an Instrument of Public Policy*. En *National Tax Journal*, 2000 [en línea, disponible en <http://www.ntanet.org/NTJ/53/2/ntj-v53n02p183-200-weighting-game-formula-apportionment.pdf> consulta 24 de marzo de 2016])

Ubaldo González de Frutos

Equidad, Precios de Transferencia e Imposición Unitaria

ventas mientras que los exportadores netos prefieren dar más peso a los factores relacionados con los costes de producción.

Otro elemento sería el coste de manejar la información necesaria para aplicar la fórmula⁷⁸⁸. Las multinacionales deberían implantar sistemas de información para evaluar los elementos físicos que se integren en la fórmula (trabajadores, activos, ventas, etc.). Esta objeción no parecería *a priori* demasiado sólida y, sin embargo, ha sido opuesta como un elemento muy importante frente a la nueva obligación de presentar el Informe País-por-País.

Puesto que no es realista pensar que se pueda lograr un acuerdo político universal, la situación sería la coexistencia de un doble estándar, y la utilización por países no participantes de sus propios sistemas maximizaría la importancia de sus factores, dando como riesgo el resultado de doble imposición o más oportunidades de desimposición.

10.5.5.- La sensibilidad a los factores de la fórmula

Un aspecto particularmente problemático de la imposición unitaria, apuntado en el párrafo 1.23 de las directrices de la OCDE, es la sensibilidad a los factores que intervienen en la fórmula⁷⁸⁹. Es decir, aún en el improbable supuesto de que existiera un sistema mundial único de imposición unitaria con una fórmula pactada, las multinacionales emprenderían movimientos estratégicos para redistribuir los factores de producción que intervienen en la fórmula a países de baja tributación. En este escenario, los países competirían para atraer inversiones mediante rebajas de tipos de gravamen⁷⁹⁰. El problema aquí no es necesariamente económico sino más

⁷⁸⁸ También apuntado por Avi Yonah (*The Rise and Fall...*, 2007, ibídem, pg. 28)

⁷⁸⁹ La experiencia de la aplicación del sistema de imposición unitaria en EEUU sugiere que, por un lado, se elimina el *profit shifting*, la posibilidad de trasvasar rentas a otros Estados, pero por el contrario se incrementa la sensibilidad a los factores de la fórmula, especialmente si se trata del factor trabajo, la inversión y las ventas. El análisis de K. Clausing, en cambio, partiendo del análisis de las reformas políticas en EEUU entre 1986 y 2012 es que la actividad económica no es especialmente sensible a las decisiones de política tributaria interna, sobre todo en los años más recientes. CLAUSING, Kimberly: *Lessons for International Tax reform from the U.S. experience under Formulary Apportionment*. NY University School of Law, primavera de 2014 [en línea] disponible en http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/Kimberly%20Clausing.pdf. [consulta 24 de marzo de 2016], página 20.

⁷⁹⁰ Chirinko y Wilson demuestran el poder de la empresa sobre las opciones de política tributaria dentro de EEUU. En contra de la opinión benévola que ve al legislador como objetivo, Chirinko y Wilson demuestran que los grupos de presión influyen en la política fiscal. La extensión del modelo de competencia fiscal estándar a la política implica que las empresas pueden afectar a los tipos de gravamen y a la distribución de la jurisdicción fiscal. En su estudio toman un panel de datos para 48 estados de Estados Unidos con las contribuciones empresariales a las campañas políticas y encuentran un efecto significativo de las contribuciones empresariales sobre la política tributaria estimando que el valor económico de las contribuciones en campaña son de 6,65 dólares de reducción por cada dólar de contribución. En CHIRINKO, Robert S. y WILSON Daniel J.: Can Lower Tax Rates be Bought?

bien político, pues si las economías avanzadas están sufriendo ya importantes deslocalizaciones de las actividades productivas debidas al coste de los factores, el agregar un coste directo en términos de Impuesto de Sociedades sería una política económica difícilmente aceptable.

10.5.6.- La administración del tributo

Aunque la imposición unitaria se presenta como un modelo sencillo, la sencillez de la idea desaparece cuando hay que aplicarlo en la práctica, pues los detalles son muy importantes para armonizar todos los intereses en juego. Con todo, los problemas técnicos de definición de la base y de tipificación de la fórmula no dejan de ser cuestiones que pueden resolverse mediante comisiones de trabajo.

Más importante es el aspecto, obviado por los proponentes de la imposición unitaria, de que la lógica del modelo lleva a gestión unitaria, es decir, si hay un impuesto único, sólo habría una declaración fiscal y una autoridad de recaudación y control.

Existe una vía intermedia como la que propone Picciotto⁷⁹¹, en la cual hay un conjunto único de estados financieros consolidados para el grupo, y las entidades integrantes (¿o el grupo?) presentan la declaración en todos los países donde añaden valor, aplicando al beneficio mundial la fórmula de reparto, tal como se defina en el Estado de que se trate. Además, hay que suponer que se aplicará la legislación local, al menos para los incentivos fiscales, cuando no también para ajustes sobre la base, y que el resultado sería el ingreso de la cuota que corresponda en los diversos países. Este sistema plantea dos problemas: primero, genera movimientos para trasvasar factores a territorios de más baja tributación (no se acaba con el profit shifting) y, sobre todo, es inconsecuente con la noción de un impuesto unitario. Como bien ha entendido la UE, la base imponible común y consolidada conlleva que haya una única declaración fiscal en toda la Unión Europea, presentada por la matriz en su propio idioma y ante su administración fiscal⁷⁹².

Pero esta administración unitaria sería muy difícil de aceptar por los países en desarrollo, pues la mayor parte de las matrices van a estar en países desarrollados. Cabe pensar en una meta a

Business Rent-Seeking and Tax Competition Among U.S. States. En *National Tax Journal*. Diciembre 2010.

⁷⁹¹ Towards Unitary Taxation... 2012, ibídem, pg. 10

⁷⁹² UE: *Questions and Answers on the CCCTB re-launch* [en línea] Bruselas, 17 de junio de 2015. Disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-5174_en.htm [consulta 20 de marzo de 2016], página 2.

Ubaldo González de Frutos

Equidad, Precios de Transferencia e Imposición Unitaria

largo plazo en la cual se pueda conseguir la administración unitaria, con un periodo transitorio de administración descentralizada, pero tampoco es fácil pensar en el modelo de control. Bajo el modelo actual, cada país audita a su filial, una porción del negocio global. En el sistema de impuesto unitario de gestión descentralizada, en teoría cada administración tiene competencia para revisar el numerador de la fracción, es decir, el beneficio tributario global, con lo cual o se instaure un sistema de auditoría conjunta y obligatoria o el grupo estará sometido a auditoría fiscal por diversas autoridades que pueden llegar a resultados diversos.

Otro problema es limitar la auditoría al denominador, es decir, a los elementos locales de la fórmula. Cada país podría verificar si el valor de los activos, el número de empleados o incluso las ventas en su territorio son las que declara la entidad, pero ¿cómo puede verificar el total de los empleados, activos o ventas del grupo?

Un sistema de carácter unitario requiere una administración tributaria transnacional para las multinacionales, y este es un horizonte muy lejano. Si la comunidad internacional no ha conseguido ponerse de acuerdo para establecer una organización internacional que regule los estándares mundiales, mucho más difícil será crear una organización con funciones ejecutivas.

10.6.- CONCLUSIONES

Una de las fuentes de BEPS que más importancia tiene para los países en desarrollo es el abuso de los precios de transferencia como vehículo para deslocalizar los beneficios y llevarlos a jurisdicciones de baja tributación. El perfil especial de este medio de elusión fiscal, determinado por una alta sofisticación, la necesidad de recursos humanos altamente cualificados para el control y la disponibilidad de fuentes de información suficientes y fiables hace que los países en desarrollo recelen ampliamente de las multinacionales.

La mayoría de los PVD ha desarrollado legislación en contra del abuso de los precios de transferencia, pero o bien es relativamente reciente (en muchos casos data de los últimos cinco años) o bien su aplicación práctica es simplemente inexistente o está en un estado muy embrionario. Muchos países no han desarrollado reglamentariamente la legislación y carecen de un programa de control eficaz, en cuya ausencia las MNEs son libres para aplicar sus políticas tal como lo deseen. Incluso en aquellos países más avanzados, donde cuentan con mayores recursos, determinar el valor de la transacción en el mercado es una técnica que requiere un alto

grado de apreciación subjetiva y al final lo que se busca no es ni siquiera un valor único sino un valor que encaje dentro de un rango.

En esta situación, un sector amplio de la doctrina y muchas ONGs insisten en sustituir los precios de transferencia por la imposición unitaria, en la cual hay un único sujeto pasivo a nivel mundial – el grupo multinacional–, las transacciones entre partes vinculadas se eliminan de acuerdo con la técnica contable de la consolidación, evitando así las oportunidades de manipulación por las transacciones dentro del grupo, y después se distribuye el beneficio mundial consolidado de acuerdo con criterios objetivos de reparto, que pueden incluir los activos, los costes, las ventas, o una combinación de ellos.

Formulada así, la superioridad conceptual de este modelo parece incuestionable. Existen además importantes argumentos que apoyan esta idea. Empezando por el marco axiológico, el valor conceptual del principio de entidad separada está altamente cuestionado por las cadenas mundiales de creación de valor, pues la generación de valor en el seno de las multinacionales depende precisamente de las sinergias del grupo, lo que hace que el principio de entidad separada vaya en contra de la esencia misma del grupo multinacional. Además, contamos con desarrollos recientes en política tributaria internacional que apuntan tímidamente en el mismo camino de la imposición unitaria, como la propuesta de la Comisión Europea para la reforma de Impuesto de Sociedades dentro de la UE. Aun sin salirnos del proyecto BEPS, la doctrina ha apuntado a la similitud del IPPP con los criterios para la distribución formularia del beneficio (algo expresamente prohibido por la Acción 13), o a la hipotética recepción de los criterios de distribución formularia en el método de la división de beneficios de la mano de la Acción 10 de BEPS cuando sus trabajos se culminen en 2017, aunque con una diferencia sustancial, pues la Acción 10 aceptaría criterios objetivos de distribución caso por caso y atendiendo a las circunstancias y hechos relevantes a partir de un análisis funcional, mientras que la imposición unitaria propone criterios de distribución universales.

Parece que estas iniciativas avanzan hacia la imposición unitaria, y sin embargo esta impresión puede ser engañosa. El proyecto de la BICC de la UE ya fracasó en 2012, y aunque la estrategia de dividir el acuerdo en dos fases parece más prudente, es difícil predecir el resultado final ya que por un lado seguirá siendo necesaria la unanimidad, y no parece claro que esta vez sí pueda conseguirse, y por otro las reformas que ha introducido BEPS en las Acciones 8, 9 y 10 van a

Ubaldo González de Frutos

Equidad, Precios de Transferencia e Imposición Unitaria

reforzar la utilidad de los precios de transferencia y debilitan los argumentos que proponen la imposición unitaria basada en la existencia del abuso de los precios de transferencia.

La acción 13 introduce efectivamente una herramienta nueva (el informe país por país) que podría efectivamente realizar la función de unificar los criterios de distribución de la fórmula, pero esta sensación también es simplista. Para aplicar la fórmula el problema no viene tanto de la disponibilidad o no de la información sobre los criterios de distribución, sino precisamente de lograr un acuerdo político universal en torno a esos criterios.

En realidad, los defensores la imposición unitaria a partir de los defectos de los precios de transferencia y las supuestas ventajas de la imposición unitaria están comparando un sistema existente, con sus imperfecciones, con un sistema ideal, pero puede que si tuviéramos imposición unitaria en la práctica esto no fuese así. La imposición formularia se presta también a la manipulación. En primer lugar, la definición del ámbito del grupo consolidable puede dejar fuera a entidades (por ejemplo híbridas) que sean una vía de escape para debilitar la base imponible agregada del grupo. Por tanto, la base imponible agregada a efectos fiscales puede ser inferior al beneficio económico. En segundo lugar, la distribución de la base imponible agregada en bases imponibles locales mediante criterios objetivos no garantiza en absoluto que los países en desarrollo, como tampoco los desarrollados, reciban su parte equitativa.

Los factores seguirán siendo susceptibles de manipulación, y las MNEs comenzarían un proceso de reestructuración de suerte que los factores relevantes en la fórmula se hallen ubicados en jurisdicciones de baja tributación, ya sea mediante abuso del derecho (por ejemplo, reubicación contractual de los intangibles) o mediante reestructuraciones reales, que trasladasen los factores de producción que entran en la fórmula a jurisdicciones de baja tributación. La sensibilidad de los factores de la fórmula a los costos fiscales cambiaría las pautas de la inversión mundial y se agravaría el fenómeno de la deslocalización, razón por la cual tanto países en desarrollo como desarrollados difícilmente aceptarían el cambio a esta modalidad impositiva, y la dinámica observada en los Estados Unidos a nivel estatal confirma que este problema es serio.

La imposición unitaria exigiría, por otra parte, un acuerdo unánime a nivel mundial sobre la definición del grupo, sobre las reglas de determinación de la base, sobre el número y naturaleza de los factores que entran en la fórmula y sobre su ponderación, y aquí de nuevo se plantearían dificultades prácticamente insalvables. Las economías menos desarrolladas querrían otorgar un gran peso a ciertos factores productivos (como activos fijos o mano de obra) mientras que los

Ubaldo González de Frutos

Equidad, Precios de Transferencia e Imposición Unitaria

desarrollados preferirían otros factores (como activos intangibles o cifra de ventas). La propia negociación de la fórmula sería imposible, pues exigiría una unanimidad mundial inicial y la teoría de los juegos demuestra que adherirse a la regla de la unanimidad concede ventajas estratégicas a quienes se oponen a la negociación, bloqueándola. Por ejemplo, si el capital humano fuese un factor a integrar en la fórmula, las empresas podrían sustituir trabajadores por cuenta ajena por profesionales autónomos prestadores de servicios, o bien simplemente reubicar sus centros de producción en jurisdicciones de baja imposición. Estos efectos, agravados por una mayor sensibilidad de los factores de la fórmula, constituiría una política fiscal ineficaz, pues seguiría existiendo el trasvase de bases imponibles, y una mala política laboral, pues cambiaría el empleo fijo por trabajo como autónomo, o simplemente lo destruiría a favor de ubicaciones de bajo coste y baja tributación, un fenómeno actualmente existente que los países desarrollados no querían exacerbar.

Pero resulta que, aun en la remota hipótesis de que se lograra un acuerdo inicial, sería necesario otro para mantener el compromiso, lo cual es imposible porque choca con la soberanía tributaria. Efectivamente, en un momento posterior a la firma del tratado por unanimidad, de nuevo la teoría de los juegos y el dilema del prisionero ilustran el hecho de que si bien bajo la regla de la unanimidad el beneficio conjunto para todos los participantes sería máximo, en cambio el máximo beneficio individual de cada uno de los participantes no está en seguir la unanimidad sino en oponerse a ella y conceder ventajas comparativas frente a los demás. En consecuencia, aunque llegase a ser posible un acuerdo global para conseguir determinar los factores de la fórmula mundial única, éste se frustraría inmediatamente y tendríamos como mínimo dos estándares, lo cual generaría situaciones de doble imposición.

Incluso en la remota hipótesis de que se consiguiera un acuerdo mundial y duradero, el problema seguiría estando en la gestión unitaria. Un modelo de impuesto unitario requiere una gestión unitaria, y esto solo es posible si el órgano competente es una organización internacional. La comprobación inspectora, por ejemplo, sería muy difícil, pues los países en desarrollo podrían llegar a determinar el valor relativo de los factores de la fórmula (activos, personal, ventas, o cualesquiera otros criterios de distribución que se adoptasen) dentro de su territorio, pero no podrían determinar el valor agregado de esos elementos para la entidad a nivel mundial, y menos aún determinar la base imponible mundial. Seguirían dependiendo de otros para la comprobación inspectora y sería necesaria la cooperación administrativa para inspeccionar al grupo en su conjunto con instrumentos como las inspecciones conjuntas al

Ubaldo González de Frutos

Equidad, Precios de Transferencia e Imposición Unitaria

amparo de la Convención Multilateral de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Tributaria, pero eso también implica que si esos medios, ya existentes, se utilizasen en la práctica, mejoraría notablemente la eficacia de las inspecciones de los precios de transferencia para todo el grupo, y sin embargo no hay voluntad política de implantarlos. En el sistema actualmente vigente, basado en el principio de entidad separada, cada jurisdicción controla la parte de la actividad económica de la MNE que tiene lugar en su territorio y eso explica en parte el éxito de los precios de transferencia, porque el control inspector sigue siendo un elemento exclusivamente nacional, no se vislumbra la voluntad política de crear una hacienda transnacional, ni en su aspecto de formuladora de políticas ni menos aún en su aspecto de órgano ejecutivo, ni parece posible, en el presente clima de desconfianza entre países ricos y pobres, que los países en desarrollo deleguen el control de las actividades de la MNE en su país a favor de las haciendas de los países desarrollados, residencia de la matriz.

En definitiva, sin negar el atractivo teórico de la imposición unitaria, no creemos que este método sea practicable en el escenario político actual ni que, en la remota hipótesis de que llegara a ponerse en práctica, ello solucionase los problemas de trasvase de beneficios desde los países en desarrollo, habida cuenta de que el sistema no estaría blindado contra la manipulación maliciosa y de que la sensibilidad a los factores de la fórmula podría alterar las decisiones mundiales de inversión, convirtiendo lo que es un problema meramente fiscal en otro de mayor alcance.

11.- Conclusiones

A pesar de que cada capítulo contiene un epígrafe específico, hemos creído conveniente incluir una narrativa final con las conclusiones de esta tesis doctoral. En esencia, la principal es que es necesario elevar la equidad a la categoría de principio fundamental del sistema fiscal internacional e instrumentarlo por medio de reformas inspiradas en el multilateralismo que continúen el trabajo que la OCDE y el G-20 llevaron a cabo con el Proyecto BEPS.

Hasta ahora, los principios de la fiscalidad internacional se han relacionado con la eficiencia, máximas de naturaleza económica que han dejado escaso espacio para principios político-jurídicos, especialmente la equidad. Sin embargo, en un mundo globalizado y multipolar, donde las Haciendas de los países menos favorecidos necesitan allegar recursos para cumplir los Objetivos de Desarrollo Sostenible⁷⁹³, emerge con fuerza la cuestión de la justicia tributaria, alineando el análisis de la fiscalidad internacional y el desarrollo, con atención en particular a las prácticas de planificación fiscal abusiva por parte de las multinacionales, un fraude que UNCTAD cuantifica en 100.000 millones de dólares al año⁷⁹⁴ y la Acción 11 de BEPS ofrece cifras incluso superiores, hasta 240.000 millones de dólares al año⁷⁹⁵.

Más allá de la magnitud del fraude, está acreditado que los efectos de las estructuras destinadas a producir la erosión de bases y el traslado de beneficios son más importantes para los países en desarrollo, dada la debilidad de sus marcos legales y la escasa capacidad de sus administraciones fiscales, como acreditó el Informe de la OCDE al Grupo de Desarrollo del G-20 en 2014⁷⁹⁶.

⁷⁹³ ONU: *Objetivos de Desarrollo Sostenible. 17 Objetivos para transformar nuestro mundo* [enlace, consulta 5 de noviembre de 2016]. Se trata de un ambicioso proyecto, impulsado por la Asamblea de Naciones Unidas, continuación de los Objetivos de Desarrollo del Milenio que se extendió entre 2000 y 2015, para solucionar los problemas básicos inherentes al subdesarrollo y al crecimiento desequilibrado.

⁷⁹⁴ UNCTAD: *World Investment Report 2015. Overview*. Pg. XVIII. [enlace, consulta 5 abril 2016]

⁷⁹⁵ OCDE: *Measuring and monitoring BEPS. Action 11 Final report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015, 268 pgs.

⁷⁹⁶ "The lack of effective legislation and gaps in capacity may leave the door open to simpler, but potentially more aggressive, tax avoidance than is typically encountered in developed economies". OCDE: *Part 1 of a report to G20 Development Working Group on the impact of BEPS in low income countries* 2014 [enlace, consulta 25 de enero de 2016], página 4.

En consecuencia, queremos verificar la hipótesis de que *es posible mejorar el sistema fiscal internacional para lograr una mayor equidad en la fiscalidad internacional, tanto en el plano de la atribución convencional de potestades tributarias como en el efectivo ejercicio de las mismas por los países menos desarrollados*.

Abordar el problema de la falta de equidad demanda, en efecto, separar las cuestiones relativas a los elementos estructurales del sistema fiscal internacional de los problemas de su aplicación práctica. La capacidad del Estado para gravar las fuentes económicas originadas en su territorio tiene una dimensión jurídico-política, resultante de su legislación interna, sus tratados fiscales y los estándares internacionales de tributación, y otra material, que se construye a partir de la capacidad de la Administración para hacer cumplir la normativa tributaria.

El principio de equidad entre naciones se halla reconocido en la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados⁷⁹⁷, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1974. En su virtud, cada Estado tiene el derecho de regular y ejercer la autoridad sobre las inversiones extranjeras en su jurisdicción, de acuerdo con las leyes y reglamentos aplicables, y de conformidad con los objetivos y prioridades nacionales. Esta Resolución, acordada en un contexto de descolonización, construyó un principio de igualdad soberana sobre los recursos naturales y sobre las actividades económicas en el territorio de las antiguas colonias, ahora Estados independientes⁷⁹⁸.

En fiscalidad internacional, este pronunciamiento no introdujo modificaciones sustanciales porque desde los trabajos de la Sociedad de las Naciones de los Años 1920 ya se entendía que los países anfitriones de la inversión extranjera tienen derecho a gravar las rentas derivadas de las mismas, si bien con un reconocimiento de potestad de establecer un gravamen en el Estado de residencia del inversor, siempre y cuando se garantice la eliminación de la doble imposición.

Lo que resulta más interesante es comprobar cómo a partir de la rotunda atribución de los derechos de imposición de los países en desarrollo realizada por Naciones Unidas en 1974, la evolución posterior ha seguido el camino de la cesión de potestades mediante CDIs, limitando los derechos de imposición en la fuente en favor de la residencia en aras de una competitividad en la atracción de inversiones extranjeras, proceso de cesión de potestades que se ha

⁷⁹⁷ Asamblea General, Res. 3281, U.N. 29 Sesión, Sup. No. 31, U.N. Doc. A/9631 (1974)

⁷⁹⁸ Más recientemente, Naciones Unidas ha vuelto a abogar por la equidad internacional, aunque no limitada estrictamente a la materia tributaria, en el Objetivo número 10 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas, aprobados el 27 de septiembre de 2015, que fija el principio de equidad entre naciones no ya sólo como un principio ordenador de las relaciones internacionales, sino incluso como un objetivo a alcanzar durante los próximos tres lustros.

materializado también en los Tratados de Protección de Inversiones, como acertadamente ha señalado Andrew Guzman⁷⁹⁹.

En paralelo a los debates de Naciones Unidas comienza el proceso de elaboración doctrinal del concepto de equidad tributaria entre las naciones, con el trabajo de los Musgrave en 1972⁸⁰⁰ como punto de partida, seguido por una serie de aportaciones posteriores entre las que descuellan Sato y Bird⁸⁰¹, Ault⁸⁰², Kaufman⁸⁰³; Fleming, Peroni y Shay⁸⁰⁴, así como Brooks⁸⁰⁵, quien en 2008 realizó un interesante resumen de las aportaciones anteriores.

La cuestión central en materia de tratados fiscales es hasta qué punto se verifica que existe una relación directa y unívoca entre esa cesión de potestades impositivas y el incremento de los flujos de inversión internacional. En realidad, la relación funciona mejor a un nivel intuitivo y para tratados homogéneos que en la práctica y para países con tratados heterogéneos. Existen suficientes evidencias del candor de la doctrina oficial porque a comienzos de los años 2000, y como consecuencia de la absoluta generalización de la política de firma de tratados por países en desarrollo, se despertó un importante interés teórico por la medición de esa supuesta relación directa. En este contexto, los numerosos estudios que han examinado esta cuestión no han permitido hasta ahora ofrecer una respuesta concluyente. Algunos autores han documentado efectivamente la existencia de dicha correlación⁸⁰⁶, e incluso la han cuantificado de manera

⁷⁹⁹ GUZMAN, Andrew: Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties, En *Virginia Journal of International Law*, Vol. 38, pp. 639-688. 1 de enero de 1997. [enlace, consulta 7 Febrero 2016], pg 646.

⁸⁰⁰ MUSGRAVE, R. y MUSGRAVE P. B.: Inter-nation equity, en BIRD, R. y HEAD, J. (eds), *Modern Fiscal Issues: Essays in Honor of Carl S. Shoup* Toronto, University of Toronto Press, 1972

⁸⁰¹ SATO, M. y BIRD, R.: International Aspects of the Taxation of Corporations and Shareholders, *Staff Papers* – International Monetary Fund, 22: 1975, pg. 421.

⁸⁰² AULT, Hugh: Corporate Integration, Tax Treaties and the Division of the International Tax Base: Principles and Practices. En *Tax Law Review* 47: 565–608. 1992, pg. 577.

⁸⁰³ KAUFMAN, Nancy. Fairness and the taxation of international income. En *Law and Policy in International Business*, no. 29, 145, 1998 [extracto en línea, enlace, Consulta 5 de marzo 2016]

⁸⁰⁴ FLEMING, J. Clifton, PERONI, Robert J. y SHAY, Stephen E.: Fairness in International Taxation: The Ability-to-Pay Case for Taxing Worldwide Income. En *Florida Tax Review*, vol. 5, n.4, 2001, pgs 301-356.

⁸⁰⁵ BROOKS, Kim: Inter-Nation Equity. The Development of an Important but Unappreciated International Tax Value. En *Tax Reform in the 21st century*, En KREVER, Richard, y HEAD, John G. (eds.), Kluwer Law International, 30 de octubre de 2008. [enlace, consulta 27 de marzo de 2016]

⁸⁰⁶ Es el caso de BARTHEL, et al. The relationship between Double Taxation Treaties and foreign Direct Investment, en *Tax Treaties, Views from the Bridge, building bridges between law and Economics*, en M. Lang, P. Pistone J Suuch y C. Staringer (Eds.). Amsterdam, IBFD, 2010. pgs. 3-18. También Taro Ohno encuentra evidencias de la relación directa (OHNO, Taro. Empirical Analysis of International Tax Treaties and Foreign Direct Investment. En *Public Policy Review*, Vol 6 No 2, Marzo 2010. Policy Research Institute, Ministerio de Finanzas, Japón)

precisa⁸⁰⁷. Otros, en cambio, han sido incapaces de probar la relación de causalidad⁸⁰⁸ e incluso algunos han encontrado evidencias de que la conclusión de un tratado fiscal de hecho reduce el nivel de inversiones en lugar de aumentarlo⁸⁰⁹.

Contemplar esta disparidad de resultados invita como mínimo a la prudencia, y tal vez a cuestionar la conveniencia de que los países en desarrollo firmen convenios como política general⁸¹⁰. Es posible que la razón de haber documentado resultados neutros o incluso negativos se deba a defectos metodológicos, como la carencia de una base estadística suficientemente significativa⁸¹¹, pero en cualquier caso es evidente que la falta de una conclusión clara y tajante sobre la existencia de la correlación aconseja moderar del optimismo acerca de la eficacia de este instrumento de política fiscal internacional.

Dado que no se ha podido establecer una relación de causalidad directa y unívoca, la pregunta que emerge es si es posible reequilibrar las potestades impositivas, devolviéndolas a los Estados anfitriones de la inversión, que son normalmente países en desarrollo, mediante una acción colectiva⁸¹² basada en el nuevo multilateralismo, reflejo del progreso de la sociedad internacional⁸¹³.

⁸⁰⁷ Como hace Neumayer, que estima que la firma de un tratado con EEUU incrementa el volumen de IED desde EEUU al país de que se trate en un 22%. (NEUMAYER: *Do Double Taxation...* Ibidem, pg. 1521)

⁸⁰⁸ Es el caso de Paul Baker (BAKER, Paul: *An Analysis of Double Taxation Treaties and their Effect on Foreign Direct Investment*. En *International Journal of Economics of Business*, 2014 vol 21, n.3, pg. 364.), de Blonigen y Davis, (BLONIGEN, Bruce y DAVIES, Ronald. *The Effects of Bilateral Tax Treaties on U.S. FDI Activity*. En *National Bureau of Economic Research, Working Paper Series. Working Paper n. 7929*, Cambridge Massachusetts, 2000, 37 pgs.), o de Louie y Rousslang (LOUIE, Henry y ROUSSLANG, Donald J.: *Host-Country Governance, Tax Treaties and American Direct Investment Abroad*, en *International Tax and Public Finance*, n. 15, 2008, pgs. 256-273).

⁸⁰⁹ EGGER *et al.* *The Impact of Endogenous Tax Treaties on Foreign Direct Investment: Theory and Empirical Evidence*. En *Canadian Journal of Economics*, 39(3). 2006. pgs. 901-931.

⁸¹⁰ Dice Tsilly Dagan: “*Los tratados no son necesarios para prevenir la doble imposición. En su lugar, sirven a objetivos mucho menos heroicos, como limitar las cargas burocráticas o aproximar los términos de la legislación de dos países, y pueden tener consecuencias mucho más cínicas, como producir una distribución regresiva de la renta de los países pobres a los ricos*”. (DAGAN, Tsilly. “*The Tax Treaties Myth*”. En *New York University Journal of International Law and Policy*, 32, Nueva York, 2000, pgs. 939-996. [enlace, consulta 25.1.2016, pg. 2. Original en inglés]

⁸¹¹ Como sostienen Barthel *et al.*, *The relationship between ...* ibídem, pg. 10, y Ronald Davis (DAVIES, R.: *Tax Treaties, Renegotiations and Foreign Direct Investment*. En *Economic Analysis and Policy*. Vol 33, n. 2, Septiembre 2003).

⁸¹² La paradoja de que los países en desarrollo transfieran potestades tributarias, es decir, rentas fiscales, a los desarrollados mediante tratados firmados en pie de igualdad revela probablemente defectos del proceso político y reclama una acción coordinada.

⁸¹³ Sobre todo en el Marco Inclusivo para la Implementación de BEPS, y en el fortalecimiento del Comité de Expertos de Naciones Unidas. El G-20 ha identificado la multilateralidad como uno de los rasgos característicos de la situación política de los últimos años: *Pese a los riesgos a los que nos*

Un importantísimo avance a la hora de restaurar los derechos de imposición en la fuente ha sido el Proyecto BEPS⁸¹⁴, que a pesar de no haber entrado en el reequilibrio de potestades de imposición entre fuente y residencia⁸¹⁵, ha reforzado la equidad entre naciones combatiendo los esquemas de elusión que vacían las bases imponibles en los países en desarrollo creando “rentas apátridas”⁸¹⁶.

Así, el mayor valor del Proyecto BEPS es el del aldabonazo en la conciencia de los mandatarios del G-20⁸¹⁷ para remediar un sistema que, aunque no estaba totalmente ayuno de elementos de equidad⁸¹⁸, en cambio no daba a la equidad suficiente preeminencia en tanto que principio constitutivo, lugar que sólo ocupa la eficiencia en sus dos versiones de neutralidad en la exportación de capitales y neutralidad en la importación de capitales.

enfrentamos nacionalmente, estamos de acuerdo en que el multilateralismo tiene una importancia aún mayor en la situación actual y sigue siendo nuestro mejor recurso para resolver los problemas de la economía mundial (G20, Declaración de Los Cabos, México 2012).

⁸¹⁴ El Proyecto BEPS fue consciente del desequilibrio en las potestades impositivas pero prefirió posponer el debate entre residencia y fuente y la distribución de las potestades impositivas. El Informe BEPS dice: *En el cambiante entorno de la imposición internacional, una serie de países han expresado su preocupación por el modo en que los estándares internacionales en que se basan los tratados bilaterales distribuyen las potestades impositivas entre los países de la fuente y de residencia. Este Plan de acción se centra en solucionar la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios. Aunque las acciones para combatir la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios restaurarán la imposición tanto en la fuente como en la residencia en una serie de casos en que, de otro modo, los ingresos transfronterizos quedarían sin gravar o lo estarían con muy baja imposición, estas acciones no están directamente dirigidas a cambiar los estándares internacionales actuales sobre la distribución de las potestades impositivas respecto de los ingresos transfronterizos*”. OCDE. *Plan de acción*.... Ibidem, 2014. pg. 13. Los subrayados son nuestros.

⁸¹⁵ Véase en nota 4 la referencia a la decisión de los ministros de finanzas y gobernadores de bancos centrales del G20 el 27 de febrero de 2016: “Una amplia, consistente y efectiva implementación del Proyecto BEPS de la OCDE y el G20 es fundamental para conseguir un sistema fiscal internacional justo y moderno. Reiteramos nuestro compromiso con una implementación temporaria del Proyecto BEPS, y seguiremos examinando los temas relativos a BEPS para garantizar la justicia fiscal y un terreno de juego equilibrado.

⁸¹⁶ El concepto de “rentas apátridas” (*stateless income*) proviene de Kleinbard: Las rentas se canalizan por las multinacionales hacia territorios que no son ni el país de la fuente ni el de residencia de la matriz, sino terceros Estados con mínima tributación. Este fenómeno ha granjeado a estas rentas el apelativo de “rentas apátridas”. Véase KLEINBARD, Edward. *Stateless Income, a Challenge to Tax Policy*. En *Tax Notes*. Parte 1 del artículo de 5 de septiembre de 2011 [[enlace](#)], y Parte 2 de 12 de noviembre de 2012, [[enlace](#)]. Consulta en 3-1-2016.

⁸¹⁷ Así, por ejemplo, La autodenominada Comisión Internacional para la Reforma del Impuesto de Sociedades afirma: *‘The G20/OECD BEPS project is a step in the right direction. It is a welcomed development and clearly has made progress that would have been thought of as impossible just five years ago* INDEPENDENT COMMISSION ON THE REFORM OF INTERNATIONAL CORPORATE TAXATION, ICRIT: *Evaluation of the Independent Commission for the Reform of International Corporate Taxation for the Base Erosion and Profit-Shifting Project of the G20 and OECD*. Octubre 2015. [[enlace](#), consulta 11 febrero 2016] (el subrayado es nuestro)

⁸¹⁸ Por ejemplo, el principio de no discriminación está consagrado en los tratados internacionales desde el primer Modelo en 1928

Para el Proyecto BEPS, la inequidad es el resultado del empleo de técnicas de elusión que significan una menor contribución por parte de las MNEs⁸¹⁹, lo cual implica un desequilibrio frente al resto de contribuyentes y, especialmente, de las sociedades no multinacionales⁸²⁰.

El problema ha alcanzado grandes proporciones porque la globalización, en combinación con la existencia de modelos operativos cada vez más complejos y, en particular, con el desarrollo de la economía digital, ha abierto nuevas oportunidades para que las empresas minimicen su carga fiscal desplazando sus beneficios a jurisdicciones de menor fiscalidad, a pesar de que en ellas no se realice actividad económica sustancial alguna. Esta segregación entre las magnitudes de base imponible y sustancia económica inspira las acciones de BEPS número 6 (Prevención del Abuso de Tratados)⁸²¹, 7 (Prevención del Abuso del Umbral de Establecimiento Permanente)⁸²², y 8 a 10 (Precios de Transferencia)⁸²³. Con esto, el proyecto BEPS proporciona a los países interesados herramientas esenciales para permitir que los beneficios se graven allí donde se realizan las actividades económicas reales que generan los beneficios y donde se crea el valor, al tiempo que se aporta a los contribuyentes una mayor seguridad jurídica al reducir las controversias sobre la aplicación de las normas fiscales internacionales. No hay duda del avance que esto supone para la equidad internacional.

Este principio de “sustancia” o “alineación de las bases imponibles con la sustancia económica” que maneja el Plan de Acción de BEPS⁸²⁴, es efectivamente lo que Graetz denominó *equidad entre las naciones*⁸²⁵ o, en términos de Avi-Yonah, *principio de tributación única*⁸²⁶, y se

⁸¹⁹ “Varios indicadores muestran que las prácticas tributarias de algunas empresas multinacionales se están volviendo más agresivas con el transcurso del tiempo, lo que plantea graves problemas de cumplimiento tributario y equidad”. En OCDE: *Lucha contra la Erosión...*, Ibidem, 2013. pág. 9

⁸²⁰ “Lo que está en juego es la integridad del impuesto sobre la renta de las sociedades. Si no se afronta este problema se estará contribuyendo a socavar aún más la competencia, ya que, por ejemplo, algunas empresas que desarrollan actividades transfronterizas y tienen acceso a asesoría fiscal sofisticada podrán aprovechar la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios y, de esta forma, se beneficiarán de ventajas competitivas no deseadas, en comparación con empresas que operan mayoritariamente a escala nacional”. OCDE, *Lucha contra la Erosión...*, 2013, íbidem, página 61.

⁸²¹ OCDE: *Preventing the Granting of Treaty benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 Final Report*. OECD Publishing Paris, 2015. ISBN 978-92-64-24120-6. 101 pgs.

⁸²² OCDE: *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent establishment Status, Action 7 Final Report*. OECD Publishing Paris, 2015. ISBN 978-92-64-24121-3. 46 pgs.

⁸²³ OCDE. *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10, 2015 Final reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015, 186 pgs. ISBN 978-92-64-24123

⁸²⁴ OCDE. *Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, [en línea]. París, OECD Publishing, 2014. 49 pgs. ISBN 978-92-64-20780-6. Disponible en <http://dx.doi.org/10.1787/9789264207813-es> [consulta 25.1.2016], páginas 21 a 24

⁸²⁵ Graetz, *Taxing International Income...*, 2001, íbidem, pg. 298

⁸²⁶ AVI-YONAH, Reuven S., *International Tax as International Law*. Ibidem, 2007. Páginas 8 a 11.

plasma, en terminología de la ONU, en el derecho de todas las naciones a gravar las rentas producidas en su jurisdicción, fundamento último del principio de gravamen en la fuente para las rentas procedentes de explotaciones económicas.

El principio de equidad entre las naciones o de alineación de fiscalidad y sustancia, además de ser una expresión de la soberanía, hunde sus raíces filosóficas en la teoría del beneficio, por el cual la imposición se basa en la compensación por la empresa al país anfitrión por las inversiones y costes de mantenimiento de la infraestructura legal y física que le permiten llevar a cabo su actividad, principio que a su vez también justifica la noción de umbral mínimo para constituir establecimiento permanente, y que tiene también un importante reflejo en el campo de la fiscalidad indirecta en forma de principio del gravamen en destino.

Desde el punto de vista dogmático, es importante resaltar que el principio de equidad entre naciones puede ser contrario a la eficiencia económica, o al menos a la neutralidad en la exportación de capitales. En general, si se persigue la eficiencia global mediante la neutralidad en la asignación de capitales, el criterio sería gravar en la residencia del inversor, mientras que la equidad entre naciones aboga por el mantenimiento de una capacidad substancial de tributación en la fuente⁸²⁷. En tal caso, se trata de encontrar un punto de equilibrio entre los dos objetivos de eficiencia y justicia, difícil elección sin duda, pero no muy diferente de lo que hacen los Estados en su legislación tributaria interna, e incluso internacional: la firma de un tratado es en efecto una transacción entre equidad y eficiencia.

A pesar de que el contexto político de los Objetivos de Desarrollo Sostenible parecía propicio para introducir cambios que reequilibren el ejercicio de las potestades fiscales, la Conferencia de Addis Abeba de Financiación para el Desarrollo ha demostrado que no es posible llevar a cabo cambios sustanciales en ausencia de un consenso que hoy por hoy está lejos de vislumbrarse. En consecuencia, emerge la necesidad de emprender cambios graduales en el camino de la equidad. Por ejemplo, cabe incorporar cambios en el proceso legislativo, tanto en los países desarrollados como en los países en desarrollo, a la hora de establecer sus políticas de fiscalidad internacional. La petición del G-20 a sus miembros para que, como trámite necesario en el proceso legislativo, examinen los efectos colaterales de sus medidas fiscales, es un paso en la dirección correcta, y los debates sobre competencia fiscal lesiva en los países en desarrollo podrían ir en la misma dirección, pues también es responsabilidad de los países en desarrollo el proteger sus bases imponibles cuando negocian tratados. El modelo de convenio multilateral en

⁸²⁷ Graetz, *Taxing International Income...*, 2001, *ibidem*, pg. 299

sustitución de la red de tratados bilaterales también supondría un avance en el camino de la equidad.

Una vez que BEPS ha restablecido la confianza en el sistema mediante la coherencia de las legislaciones nacionales, la alineación de las bases imponibles con la sustancia económica y mediante la transparencia a muchos niveles, es el momento de abordar de debate entre residencia y fuente que el Plan de Acción de BEPS dejó al margen ante las urgencias de solucionar otros problemas estructurales. La apertura a la participación de países en desarrollo que ofrece el Marco Inclusivo y la experiencia en la negociación de la Convención Multilateral de la Acción 15 de BEPS son un buen comienzo.

El otro gran estándar internacional en fiscalidad son las Directrices de Precios de Transferencia, a las que se achacaba que sus importantes lagunas favorecían el trasvase de beneficios y por tanto la inequidad. Ahora bien, justo es decir que tras BEPS en principio dichas lagunas han recibido el tratamiento requerido, e incluso que algunas innovaciones como el tratamiento de las economías de ubicación, o el de los precios de transferencia de las materias primas, son medidas que habrán de favorecer claramente a los países en desarrollo.

En su conjunto, la reforma de 2015 de las *Directrices* han de favorecer la equidad porque las nuevas normas para la delimitación de las operaciones se distancian del anterior criterio formalista en la interpretación de los contratos, ofreciendo mayores recursos a las Haciendas para ajustar las bases y, por consiguiente, claros avances en materia de retención de bases imponibles en los países donde tiene lugar la actividad.

Lo mismo ocurre con las directrices para examinar la atribución contractual de los riesgos, normas renovadas que permiten rebatir las reubicaciones de conveniencia recurriendo al instrumento de la delimitación de las operaciones y más en concreto al examen del control del riesgo y de la capacidad financiera para asumirlo. En materia de exportación de intangibles, la tercera gran novedad sustantiva de las *Directrices* es de nuevo la búsqueda de la verdadera contribución de las partes a la creación, mantenimiento y mejora de los intangibles, única que puede fundamentar una determinada retribución mediante cánones, y no una pura situación contractual fruto de acuerdos entre partes vinculadas.

Son medidas todas ellas que permitirán a las Haciendas, tanto de países avanzados como de economías en desarrollo, combatir las rentas apátridas mediante la atribución de las bases imponibles a los territorios donde tienen lugar las actividades económicas que permiten generar los beneficios. Únese a ello la Acción 13, que al mejorar las fuentes de análisis económico de

las haciendas mediante el Informe País-por-País, añade otro elemento para combatir la utilización abusiva de los precios de transferencia, e impone a la vez mayores obligaciones formales.

En suma, el conjunto de reformas sustantivas sobre las Directrices apuntan en una dirección: la protección de las bases imponibles por parte de los países donde las actividades económicas se desarrollan, combatiendo las rentas apátridas. Los países de la OCDE, más los del G-20 no miembros de la misma, han apoyado la herramienta de los precios de transferencia, reforzando un compromiso que aleja por el momento a la fiscalidad unitaria, pese a que la propuesta por la Comisión Europea de relanzar la BICC puede alterar este estado de cosas en el futuro. Algunas medias apoyan específicamente a los países en desarrollo, como es el caso de las transacciones con materias primas, las economías de ubicación o los pagos por servicios de escaso valor añadido, por lo cual, en general, la reforma de las Acciones 8-10 de BEPS debe ser valorada muy positivamente como un avance hacia la equidad internacional.

En cualquier caso, la complejidad de la aplicación del estándar de precios de transferencia y la relativa opacidad en que se ha desenvuelto en el pasado ha convertido a las *Directrices* en un instrumento muy usado a la hora de deslocalizar beneficios hacia jurisdicciones de baja tributación, ya sea a base de incidir sobre los precios de los suministros o las ventas, ya mediante operaciones más sofisticadas de expatriación de intangibles, reestructuración de la cadena de suministro, despojo de riesgos, o acuerdos de contribución a costes. Esta perversión ha lógicamente alimentado las críticas, añadiendo también quejas por su gran complejidad, su carácter aproximativo⁸²⁸, los altos costes de su aplicación para contribuyentes y administración, y las dificultades de aplicación práctica, sobre todo en ausencia de comparables⁸²⁹.

El resultado de las Directrices pre-BEPS era con demasiada frecuencia poco propicio a la equidad, pues cuando las transacciones no se realizan por su valor normal en el mercado se van a producir trasvases de beneficios hacia territorios con menor fiscalidad, y éstas son muy

⁸²⁸ El Párrafo 1.13 de las Directrices en su edición de 2010 reconoce que “los precios de transferencia no son una ciencia exacta, sino que exigen juicios de valor por parte de la Administración tributaria tanto como de los contribuyentes” (OCDE: *Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias 2010*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid. 2013. Página 47.)

⁸²⁹ Así lo reconoce Avi-Yonah: “desde la aparición del Libro Blanco del Tesoro en 1988, el problema clave en la aplicación de los Precios de Transferencia es la ausencia de comparables, lo cual llevó al método de distribución de beneficios, que se incorporó a las normas estadounidenses en 1994 y a las Directrices de la OCDE en 1995”(AVI-YONAH, Reuven S., *Splitting the Unsplittable: Toward a Formulary Approach to Allocating Residuals Under Profit Split*. En *University of Michigan Law School*, Research Paper 378. 2014 [[enlace](#). Consulta 16 enero 2016], pg. 1).

difíciles de detectar y corregir por las haciendas en general, pero muy en especial por las de los países en desarrollo, cuya capacidad técnica es inferior⁸³⁰.

El abuso de las Directrices por las multinacionales ha llevado a muchos⁸³¹ a propugnar una alternativa, y para ello se acude al sistema de imposición unitaria, que de hecho se aplica ya en varios ámbitos⁸³². El perfil especial de la elusión fiscal en base a precios de transferencia, determinado por una alta sofisticación, la necesidad de recursos humanos altamente cualificados para el control y la disponibilidad de fuentes de información suficientes y fiables hace que los países en desarrollo recelen ampliamente de las multinacionales y de los precios de transferencia como medio de contener sus prácticas abusivas.

En esta situación, un sector amplio de la doctrina y muchas ONGs insisten en sustituir los precios de transferencia por la imposición unitaria⁸³³, en la cual hay un único sujeto pasivo a nivel mundial – el grupo multinacional–, las transacciones entre partes vinculadas se eliminan de acuerdo con la técnica contable de la consolidación, evitando así las oportunidades de

⁸³⁰ “Este ha llegado a ser el mayor obstáculo para la justicia fiscal así como el mayor facilitador de la corrupción y el delito” (Picciotto, towards Unitary taxation.... 2012, ibidem, pg. 9)

⁸³¹ Son innumerables los trabajos que tratan esta cuestión. Hay una revisión de la literatura en BREAN, Donald y BIRD, Richard M.: *The interjurisdictional allocation of Income and the Unitary Taxation Debate*. Ed. Economic Council of Canada, Ottawa, 1986, 101 páginas. Entre los trabajos más recientes destaca la propuesta de Sol Picciotto (PICCIOTTO, Sol: *Towards Unitary Taxation of Transnational Corporations* [en línea], 9 diciembre 2012. [enlace, consulta 21 de febrero de 2016]) y los trabajos de Rubén Avi-Yonah (AVI-YONAH, Reuven, CLAUSING, Kimberly y DURST, Michael: *Allocating Business Profits for Tax Purposes: A Proposal to Adopt a Formulary Profit Split*. En *Florida Tax Review*, 9, n. 5. 2009, Pgs. 497-553; y AVI-YONAH, Reuven: *Splitting the Unsplittable...* ibid.)

⁸³² La distribución formularia se utiliza en Estados Unidos para distribuir los beneficios generados en las transacciones interestatales, en virtud de la Ley de División Uniforme de los Ingresos a Efectos Fiscales (*Uniform Division of Income for Tax Purposes Act (UDITPA)*), que regula la distribución interterritorial dentro de EEUU. Además del Impuesto de Sociedades federal, de regulación única en todo el país, existen impuestos de Sociedades de ámbito estatal, con regulación propia y tipos de gravamen distintos en 48 Estados, aunque 44 siguen la fórmula de Massachusetts: una combinación de activos, salarios y ventas. Avi-Yonah, Clausing y Durst relacionan la imposición unitaria con las áreas económicas altamente integradas, poniendo por ejemplo estas relaciones interestatales en los estados federados en EEUU (*Allocating Business Profits for Tax Purposes*, ibidem 2009. Pgs. 497-501).

⁸³³ Desde los trabajos de Peggy Musgrave (MUSGRAVE, Peggy: *Tax Base Shares: the Unitary versus the Separate Entity Approaches*. En *Canadian Tax Foundation*, 21, 1979) hasta los más recientes de Picciotto (PICCIOTTO, Sol: *Towards Unitary Taxation...* ibid.) y Avi-Yonah (AVI-YONAH, Reuven S., *Splitting the Unsplittable...* Ibid), pasando por Hellestein (HELLESTEIN, Jerome F.: “Federal income Taxation of Multinationals: Replacement of Separate Accounting with Formulary Apportionment”. En *Tax Notes*, no. 60, pg. 1131, 23 de Agosto de 1993), Kauder (KAUDER, Louis M.: “Intercompany pricing and Section 482: A proposal to shift from uncontrolled comparables to formulary apportionment now. En *Tax Notes*, 485, 25 de enero de 1993), Langbein (LANGBEIN, Stanley I: “A Modified fractional apportionment Proposal for Transfer Pricing”. En *Tax Notes*, 54, 719, 10 de febrero de 1992) y Miller (MILLER, Benjamin F.: *None are so blind as those who will not see*. En *Tax Notes*, 66, pg. 1023, 13 de febrero de 1995), numerosos intelectuales han defendido sin éxito la sustitución del estándar internacional.

manipulación por las transacciones dentro del grupo, y después se distribuye el beneficio mundial consolidado de acuerdo con criterios objetivos de reparto, que pueden incluir los activos, los costes, las ventas, o una combinación de ellos.

Parece que hay un avance decidido hacia la imposición unitaria, y sin embargo esta impresión puede ser engañosa. El proyecto de la Base Imponible Común y Consolidada de la UE fracasó en 2012⁸³⁴, y aunque la estrategia de dividir el acuerdo en dos fases parece más prudente, es difícil predecir el resultado final ya que por un lado seguirá siendo necesaria la unanimidad, y no parece claro que esta vez sí pueda conseguirse, y por otro las reformas que ha introducido BEPS en las Acciones 8, 9 y 10 van a reforzar la utilidad de los precios de transferencia y debilitan los argumentos que proponen la imposición unitaria basada en la existencia del abuso de esta técnica.

Además, la imposición unitaria no está exenta de problemas: el sistema es casi tan susceptible del abuso por parte de los usuarios como el de los precios de transferencia, la uniformidad del sistema requiere un difícil consenso político internacional, y la imposición unitaria requiere administración y control unitario, algo para lo que la comunidad internacional no está todavía preparada.

En suma, en un mundo muy desigual, donde las Haciendas de los países en desarrollo necesitan allegar recursos para cumplir los Objetivos de Desarrollo Sostenible, se acentúa la relación entre la fiscalidad internacional y el desarrollo. El sistema fiscal internacional no es suficientemente equitativo y por ello las Organizaciones Internacionales proponen su mejora. La equidad en el sistema fiscal internacional, en su doble dimensión de aplicación práctica mediante operaciones de erosión de base y traslado de beneficios, y estructural de división de la jurisdicción fiscal, parece disminuida por un sesgo hacia los países desarrollados, debido a razones históricas y

⁸³⁴ Relanzado por el Comisario Moscovici, el Proyecto de la base común y consolidada tiene más de 15 años de existencia pero no tomó cuerpo en forma de proyecto normativo hasta 2011, cuando se presentó la Propuesta de Directiva del Consejo, de 16 de marzo de 2011, relativa a una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades (BICCIS). El proyecto de 2011 no fue finalmente aprobado, precisamente por distanciarse del principio de plena concurrencia. El relanzamiento de 2016 se hace precisamente en nombre de la equidad, arguyendo que será una herramienta extremadamente eficaz para cumplir los objetivos de una imposición más justa y eficaz, reducirá las cargas administrativas y simplificará el mercado único para las empresas, será muy efectiva al atajar los problemas de BEPS, porque las transacciones intragrupo no permitirán la manipulación de los beneficios ya que simplemente serán ignoradas, y la cifra de beneficios consolidada se distribuirá de acuerdo con una fórmula preestablecida. También la BICC será eficaz a la hora de solventar los problemas de la financiación mediante deuda en lugar de fondos propios por la misma razón. (UE: *Questions and Answers on the CCCTB re-launch* Bruselas, 17 de junio de 2015. [[enlace](#). Consulta 20 de marzo de 2016]) y UE: *Propuesta de Directiva del Consejo Relativa a una Base Imponible Común del Impuesto sobre Sociedades*. COM (2016) 685 Final. Estrasburgo, 25 de octubre de 2016.

políticas. En el mundo globalizado las políticas inclusivas abren nuevos horizontes para enfrentarnos a esas desviaciones.

Transformar el sistema requiere entender que la equidad es un principio fundamental que no puede quedar subordinado a la eficiencia económica. El principio de equidad necesita afirmarse en la fiscalidad internacional a partir de su significado histórico y político, ligado a la descolonización, y profundizar en las reformas del Proyecto BEPS a través del Marco Inclusivo de la OCDE para mejorar los resultados de la aplicación práctica del sistema, a la vez que se continúa examinando las cuestiones sistémicas a través de foros multilaterales, como la Convención para Implementar las Medidas de BEPS Relativas a los Tratados, en las negociaciones bilaterales de convenios fiscales, e incluso en medidas domésticas como la derivada de la recomendación del G-20 para que los países miembros examinen las externalidades de su política de tratados. La consecución de una mayor equidad requiere tratados fiscales de mayor calidad, con cláusulas antiabuso, pero también con resortes que permitan atraer bases a los países de la fuente.

Todos los países, desarrollados, emergentes y en desarrollo, digerirán los resultados de BEPS durante los próximos años, pero la cuestión de la mejora estructural de la división de la soberanía fiscal a través de las fronteras seguirá vigente, especialmente en torno al debate sobre residencia y fuente y sobre imposición unitaria.

El principio de equidad que hemos delineado en esta tesis doctoral se impone como una receta sencilla y práctica en el camino para mejorar la justicia contributiva universal a través de esas discusiones que, parece evidente, tendrán lugar cada vez más en escenarios multilaterales como el Marco Inclusivo de BEPS o el Comité de Expertos de Naciones Unidas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AA.VV. *Global Tax Fairness*. Por POGGE, Thomas y METHA, Kristen, Editores. Oxford University Press, 04 de febrero de 2016. 384 Pgs. ISBN: 9780198725343.
- ADAM, C. y BEVAN, D: Fiscal policy design in low-income countries. En ADDISON, T. y ROE, A. (Eds.) *Fiscal Policy for development*. Palgrave MacMillan, 2004.
- ADAMS, T. S.: “The Taxation of Business”, 1917. En *Proceedings of the Eleventh Annual Conference on Taxation*, National Tax Association, pp. 185-94
- ANAND, Bharat y SANSING, Richard: The Weighting Game: Formula Apportionment as an Instrument of Public Policy. En *National Tax Journal*, 2000 [en línea, disponible en <http://www.ntanet.org/NTJ/53/2/ntj-v53n02p183-200-weighting-game-formula-apportionment.pdf> consulta 24 de marzo de 2016]
- ARNOLD, Brian y MCDONELL, Thomas: “Report on the Invitational Conference on Transfer Pricing: The allocation of Income and Expenses among Countries, en *Tax Notes*, 1377, 13 de diciembre de 1993
- AULH, Hugh. The importance of international co-operation in forging tax policy. En *Brooklin Institute of International Law*, no. 26, 1963. Pgs. 1693-1697
- AULT, Hugh: Corporate Integration, Tax Treaties and the Division of the International Tax Base: Principles and Practices’, En *Tax Law Review* 47: 565–608. 1992
- AUTY, Richard: *Sustaining Development in Mineral Economies: The Resource Curse Thesis*. London, Routledge, 1993.
- AVI-YONAH, Reuven S.: Globalisation, Tax Competition and the Fiscal Crisis of the Welfare State, 113 *Harvard Law Review* Número 1537, 2000.
- AVI-YONAH, Reuven S., “The Structure of International Taxation: A Proposal for Simplification”, En *Texas Law Review*, 74, 1996. Pgs. 1301-1303,
- AVI-YONAH, Reuven S., The Rise and Fall of Arm’s Length: A study in the Evolution of U.S. International Taxation. En *University of Michigan Law School*, Research Paper 73, 2007. [en línea] Disponible en http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1074&context=law_econ_archive [Consulta 24 enero 2016]
- AVI-YONAH, Reuven S., Splitting the Unsplittable: Toward a Formulary Approach to Allocating Residuals Under Profit Split. [en línea] En *University of Michigan Law School*, Research Paper 378. 2014 http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2369944 [Consulta 16 enero 2016].

- AVI-YONAH, Reuven S., *International Tax as International Law: An Analysis of the International Tax Regime*. Cambridge Tax Law Series, Cambridge University Press, 2007. 224 páginas. ISBN-10: 0521618010.
- AVI-YONAH, Reuven S. y BENSHALOM, Ilan. "Formulary Apportionment: Myths and Prospects - Promoting Better International Tax Policy and Utilizing the Misunderstood and Under-Theorized Formulary Alternative". EN *University of Michigan Public Law Working Paper*, Núm 221. 16 octubre, 2010. En línea, disponible en http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1138&context=law_econ_current [consulta 24 de marzo de 2016]
- AVI-YONAH, Reuven S., CLAUSING, Kimberly y DURST, Michael: Allocating Business Profits for Tax Purposes: A Proposal to Adopt a Formulary Profit Split. En *Florida Tax Review*, 9, n. 5. 2009. Págs. 497-553 [disponible en <http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1773&context=articles> Consulta 16 enero 2016]
- BACHETTA, Philippe y ESPINOSA, María Paz. Information Sharing and Tax Competition among Governments, En *Journal of International Economics* no. 39, Elsevier, 1995, pgs. 103-121
- BAIER, Scott, y BERGSTRAND, Jeffrey: Do Free Trade Agreements Actually Increase Members' International Trade? En *Journal of International Economics*, 71, Elsevier, 2007, pgs. 72-95
- BAKER, Paul. *Double Taxation Conventions: A Manual on the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital*, Andover, 2001, Ed. Sweet & Maxwell.
- BAKER, Paul: "An Analysis of Double Taxation Treaties and their Effect on Foreign Direct Investment". En *International Journal of Economics of Business*, 2014 vol. 21, n.3, pgs. 341-377.
- BANDARU, Rajeshwari y GOVIND P. Shinde: A Case Study, Vodafone vs. Income Tax Authority of India – A Pandora's Box. 2012 [en línea, disponible en http://www.academia.edu/12194808/VODAFONE_V_S_INCOME_TAX_AUTHORITY_OF_INDIA_A_PANDORA_S_BOX_BVIMSR_s_Journal_of_Management_Research_Volume-2_Issue-2_October_2010 consulta 3 de abril de 2016]
- BARTHEL, Fabian. BUSSE, Matthias, y NEUMAYER, Eric. "The Impact of Double Taxation Treaties on Foreign Direct Investment: Evidence from Large Dyadic Panel Data". En *Contemporary Economic Policy* n. 3, 2009, pgs. 1-11. ISSN 1465-7287
- BARTHEL, Fabian. BUSSE, Matthias, KREVER, Richard. y NEUMAYER, Eric. The relationship between Double Taxation Treaties and foreign Direct Investment, en *Tax Treaties, Views from the Bridge, building bridges between law and Economics*, M. Lang, P, Pistone J Suuch y C. Staringer (Eds.). Amsterdam, IBFD, 2010. pgs. 3-18.
- BEITZ, Charles: *Political Theory and International Relations*. Princeton University Press, 1979

- BELLAK, Christian: How Bilateral Investment Treaties Impact on Foreign Direct Investment: A Meta-analysis of Public Policy. Draft Version prepared for MAER Network Colloquium. University of Greenwich, London. Agosto 2013. Disponible en http://www2.gre.ac.uk/_data/assets/pdf_file/0006/822705/Christian-Bellak-How-Bilateral-Investment-Treaties-Impact-on-Foreign-Direct-Investment-A-Meta-analysis-of-Public-Policy.pdf
- BENSHALOM, Ilan: The New Poor at Our Gates: Global Justice Implications for International Trade and Tax Law. *Faculty Working Papers*. Northwestern University. N 172. 2009. 61 pgs.
- BEPS MONITORING GROUP, The. *Overall Evaluation of the G20/OECD Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Project*. [en línea] 7 de octubre de 2015. Disponible en <https://bepsmonitoringgroup.files.wordpress.com/2015/10/general-evaluation.pdf>. [Consulta 6 de marzo de 2016]
- BILANEY, Sunny: Location Specific Advantages: When and how should they be allocated. En *Bulletin for International Taxation* [en línea], volumen 69, n.8 26 de junio de 2015 https://www.ibfd.org/IBFD-Products/Journal-Articles/Bulletin-for-International-Taxation/collections/bit/html/bit_2015_08_int_1.html [consulta 24 de enero de 2016]
- BIRD, Richard M. y ZOLT, Eric M. *Introduction to Tax Policy Design and Development*. The World Bank, abril de 2003. Pg. 15
- BLONIGEN, Bruce y DAVIES, Ronald. The Effects of Bilateral Tax Treaties on U.S. FDI Activity. En *National Bureau of Economic Research, Working Paper Series. Working Paper n. 7929*, Cambridge Massachusetts, 2000, 37 pgs.
- BLONIGEN, Bruce y DAVIES, Ronald: Do Bilateral Tax Treaties Promote Foreign Direct Investment? En *National Bureau of Economic Research, Working Paper Series. Working Paper n. 8834*, Cambridge Massachusetts, 2002
- BLONIGEN, Bruce y DAVIES, Ronald: The Effects of Bilateral Tax Treaties on U.S. FDI Activity. En *International Tax and Public Finance*, n 11, 2004, pgs. 601-622.
- BLONIGEN, Bruce y WANG, Miao. (2004): Inappropriate Pooling of Wealthy and Poor Countries in Empirical FDI Studies. En *National Bureau of Economic Research. Working Paper No. 10378*. Washington DC. 2004. DOI: 10.3386/w10378
- BLONIGEN, Bruce y DAVIES, Ronald y SLY, Nicholas. Separating the Effects of Bilateral Tax Treaties. En *National Bureau of Economic Research, Working Paper Series. Working Paper n.17480*, Cambridge Massachusetts, 2011, 21 pgs.
- BLUM, Gabriela: “Bilateralism, Multilateralism and the Architecture of International Law”. En *Harvard International Law*. Volumen 49, núm. 2, 2008, pgs. 323 a 379
- BMZ: *The Addis Tax Initiative – Declaration* Julio de 2015 [en línea] Disponible en http://www.bmz.de/de/zentrales_downloadarchiv/Presse/Addis_Tax_Initiative_Declaration.pdf [consulta 19 marzo 2016]

Ubaldo González de Frutos

Bibliografía

- BOULO, J: *Conférence d'Addis Abeba – déception des pays africains et du Sud*. Le Point, 17 de julio de 2015.
- BRAUNER, Yariv: “An international tax regime in crystallisation: Realities, Experiences and Opportunities”. [en línea] En *Tax Law Review*, 56, 259. 1 enero de 2003. 71 págs. Disponible en <http://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1009&context=facultypub> [consulta 25 de enero de 2016]
- BREAN, Donald, y BIRD, Richard M: *The interjurisdictional allocation of Income and the Unitary Taxation Debate*. Ottawa, Ed. Economic Council of Canada. 1986, 101 páginas.
- BROOKS, Kim: Inter-Nation Equity. The Development of an Important but Unappreciated International Tax Value. En *Tax Reform in the 21st century*, En KREVER, Richard, y HEAD, John G. (eds.), Kluwer Law International, 30 de octubre de 2008. [en línea, disponible en <http://ssrn.com/abstract=1292370>, consulta 27 de marzo de 2016]
- BROOKS, Kim: The Potential of Multilateral Tax Treaties. En *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*, Michael Lang et. al. (eds.), IBFD, 2010.
- BUSINESS STANDARD: *India has pitched for UN tax regime to protect developing world*. [en línea] Business Standard, Nueva Deli, 2 Septiembre 2015. Disponible en http://www.business-standard.com/article/news-ians/india-has-pitched-for-un-tax-regime-to-protect-developing-world-115090201386_1.html [consulta 5 feb 2016]
- CAAMAÑO ANIDO, M.A. y CALDERÓN CARRERO, J.M. *Globalización Económica y poder tributario. ¿Hacia un nuevo derecho tributario?* REDE n. 114, 2002, págs. 179-209
- CANEY, Simon: International Distributive Justice. En *Political Studies*, vol. 49, 2001, pgs. 974-997.
- CAPPELEN, Alexander. National and International Distributive Justice in Bilateral Tax Treaties. 56. En *FinanzArchiv*, NF 424, 1999. pgs. 424-442
- CAPPELEN, Alexander. The Moral Rationale for International Fiscal Law. En *Ethics & International Affairs*, Vol. 15, n. 1, Marzo 2001. págs. 97-110.
- CARBAJO VASCO, Domingo: *La crisis sistémica mundial y el sistema tributario*. [en línea] CIAT, martes 8 de enero de 2013. Disponible en <http://www.ciat.org/index.php/es/blog/item/99-la-crisis-sistemica-mundial-y-el-sistema-tributario.html> [Consulta en 26 de febrero de 2016]
- CBI: *The UK Corporation Tax System: 12 misunderstood concepts*. [en línea] CBI, The Voice of Business. 2013. Disponible en http://www.cbi.org.uk/media/2049172/tax_misunderstood_concepts.pdf [Consulta 5 febrero 2016]
- CENTER FOR PUBLIC INTEGRITY: *‘Taxing “Capital Gains” in Mozambique’s Extractive Sector’* [en línea, http://www.cip.org.mz/cipdoc/307_Spinformacao_2014_04_en.pdf consulta 3 de abril de 2016]

Ubaldo González de Frutos

Bibliografía

CHINKIN, C. M.: The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law. En *International and Comparative Law Quarterly*, 38, 1989.

CHIRINKO, Robert S. y WILSON Daniel J.: Can Lower Tax Rates be Bought? Business Rent-Seeking and Tax Competition among U.S. States. En *National Tax Journal*. Diciembre 2010. En línea, disponible en http://ideas.repec.org/p/ces/ceswps/_3121.html consulta 24 de marzo de 2016]

CHISIK, Richard. y DAVIES, Ronald. Asymmetric FDI and Tax-Treaty Bargaining: Theory and Evidence, *Journal of Public Economics* n. 88, 2004, pgs. 1119-1148.

CHRISTIAN AID: *False Profits: Robbing the Poor to Keep the Rich Tax-Free*, 2009. [en línea, disponible en <https://www.christianaid.org.uk/Images/false-profits.pdf> consulta 5 de abril de 2016]

CLAUSING, Kimberly: *Lessons for International Tax reform from the U.S. experience under Formulary Apportionment*. NY University School of Law, primavera de 2014 [en línea] disponible en http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/Kimberly%20Clausing.pdf. [consulta 24 de marzo de 2016]

CLAUSING, Kimberly. Multinational Tax Avoidance and Tax Policy. En *National Tax Journal*, Diciembre de 2009.

CLAUSING, Kimberly y LAVAH, Yaron: Corporate tax payments under formulary apportionment: Evidence from financial reports of 50 major U.S. multinational firms. En *Journal of International Accounting, Auditing, and Taxation*, n. 20. 2011.

COMISIÓN EUROPEA: Comunicación relativa al Fomento de la Buena Gobernanza en el Ámbito Fiscal [en línea], 21 de abril de 2010. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0163:FIN:ES:PDF> [consulta de 21 de febrero de 2016]

COMISIÓN EUROPEA: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativa a un sistema de imposición de las sociedades justo y eficaz en la Unión Europea: cinco ámbitos de actuación fundamentales.[en línea] disponible en [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/com/com_com\(2015\)0302/com_com\(2015\)0302_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/com/com_com(2015)0302/com_com(2015)0302_es.pdf) consulta 20 de febrero de 2016]

COLFILL, Eric J y WILSON, Prentiss: "Federal Formulary Apportionment as an alternative to Transfer Pricing. From the Frying Pan to the Fire?" En *Tax Notes* 59, 1103, 24 de mayo de 1993.

CORPORACIÓN DE ESTUDIOS PARA AMÉRICA LATINA (CIEPLAN): *La maldición de los recursos naturales y sus antídotos*. [en línea] 3 de agosto de 2007. Disponible en <http://www.cieplan.org/opinion/detalle.tpl?id=44> [Consulta 30 enero 2016]

- CORTESE, Corine, IRVINE, Helen. y KAIDONIS, Mary: Powerful players: how constituents captured the setting of IFRS6, a standard for the extractive industries. *En Accounting Forum*, 34(2). Junio de 2010, pgs. 76-88
- COUPE, Tom, ORLOVA, Irina, y SKIBA, Alexander: *The Effect of Tax and Investment Treaties on Bilateral FDI Flows to Transition Countries*. Oxford Scholarship Online: Mayo 2009. ISBN-13: 9780195388534.
- DAGAN, Tsilly. “The Tax Treaties Myth”. [en línea] En *New York University Journal of International Law and Policy*, 32, Nueva York, 2000, pgs. 939-996. Disponible en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.379181> [consulta 25.1.2016]
- DAGAN, Tsilly. Just Harmonization. En *University of British Columbia Law Review*, 42, septiembre de 2010, pgs. 331–362
- DAVIES, Ronald. Tax Treaties, Renegotiations and Foreign Direct Investment. En *Economic Analysis and Policy*. Vol 33, n. 2, Septiembre 2003.
- DAVIES, Ronald. Tax Treaties and Foreign Direct Investment: Potential versus Performance. *International Tax and Public Finance*, n. 11, 2004, pgs. 775-802.
- DAVIES, Ronald, NORBÄCK, Per-Johan y TEKIN-KORU, Ayca. The Effect of Tax Treaties on Multinational Firms: New Evidence from Microdata. En *Research Institute of Industrial Economics*. Estocolmo, 2010, 44 pgs.
- DE MOOIJ, R y EDERVEEN S.: “Corporate Tax Elasticities: A Reader’s Guide to Empirical Findings”. En *Oxford Review of Economic Policy*, Vol. 24, pgs. 680–97. 2008
- DESAI, Mihir, FOLEY, C. Fritz y HINES, James. Jr.. Chains of Ownership, Regional Tax Competition, and Foreign Direct Investment. En *National Bureau of Economic Research. Working Paper 9224*. Cambridge, Massachusetts, 2002
- DESAI, Mihir, FOLEY, C. Fritz y HINES, James. Jr: The demand for Tax Haven Operations. En *Journal of Public Economics* 90 513– 531, Cambridge, Massachusetts, 2006
- DEUTSCH, Anthony y EDWARDS, Terrence: *Special Report: In Tax Case, Mongolia is the Mouse that Roared*. 16 de julio de 2013. [en línea, disponible en <http://www.reuters.com/article/us-dutch-mongolia-tax-idUSBRE96F0B620130716>, consulta 6 de marzo de 2016]
- DI GIOVANNI, Julian: What Drives Capital Flows? The Case of Cross-Border M&A Activity and Financial Deepening. En *Journal of International Economics*, n. 65, 127-149. 2005
- DIETSCH Peter y RIXEN, Thomas : Justice and International Tax Competition. [en línea] Disponible en http://eis.bris.ac.uk/~plcdib/territory/papers/dietsch_justiceandtax.pdf [consulta 22 de marzo de 2016]
- DIETSCH Peter y RIXEN, Thomas. Tax Competition and Global Background Justice. En *The Journal of Political Philosophy*, Abril 2012

Ubaldo González de Frutos

Bibliografía

DILLER, J.M. y LEVY, D.A.: Child Labor, Trade and Investment: Toward the Harmonization of International Law. *The American Journal of International Law* Vol. 91, No. 4, 1997.

EASSON, Alex: “Do We Still Need Tax Treaties?” En *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 54, pgs. 619-625. 2000

ECONOMIST, The. *The Dutch Disease*. 26 de noviembre de 1977, pgs. 82-83.

EDEN, Lorraine. “Taxes, Transfer Pricing and the Multinational Enterprise”. En *The Oxford Handbook of International Buisness*, por RUGMAN, Alan, (Ed.,) Oxford University Press, Oxford, 2009

EGGER, Peter, LARCH, Mario, PFAFFERMAYER, Michael y WINNER, Hannes. The Impact of Endogenous Tax Treaties on Foreign Direct Investment: Theory and Empirical Evidence. En *Canadian Journal of Economics*, 39(3). 2006. págs. 901-931.

EITI: El Estándar del EITI, versión revisada. [en línea]. Disponible en [https://eiti.org/files/Spanish EITI STANDARD.pdf](https://eiti.org/files/Spanish_EITI_STANDARD.pdf) [consulta en 21 de febrero de 2016]

EU: Report of the Committee of independent experts on company taxation. Luxemburgo, 1992, 470 pgs. [on line] Disponible en <http://bookshop.europa.eu/en/report-of-the-committee-of-independent-experts-on-company-taxation-pbC17492798/> [consulta 20 marzo 2016]

EU: Convenio 90/436/CEE sobre eliminación de la doble imposición en caso de en caso de rectificación de beneficios entre empresas asociadas. [en línea] disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3A126038> [consulta 23 de marzo de 2016]

EU (2004): *EC Regional Trade Agreements*. DG de Comercio de la UE-Bruselas. http://europa.eu.int/comm/trade/index_en.htm.

EU (2015): Combatting corporate tax avoidance: Commission presents Tax Transparency Package. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4610_en.htm

FALCÓN Y TELLA, Ramón: *Introducción al Derecho Financiero y Tributario de las Comunidades Europeas*. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense - Editorial Civitas, Madrid, 1988.

FMI: Monetary and Fiscal Policy Design issues in Low-Income Countries. 8 de agosto de 2005. [en línea, disponible en <https://www.imf.org/external/np/pp/eng/2005/080805m.pdf>, consulta 31 de marzo de 2016]

FMI: *Guía sobre la transparencia del ingreso proveniente de los recursos naturales* (2007). [En línea]. Disponible en <https://www.imf.org/external/np/fad/trans/spa/guides.pdf> [consulta 20 marzo 2016]

FMI, Fiscal Affairs Department: *Revenue mobilisation in developing countries*, 2011 [en línea, Consulta 1-1-2016]. Disponible en <https://www.imf.org/external/np/pp/eng/2011/030811.pdf>

- FMI. *Spillovers in International Corporate Taxation*. [en línea] IMF Policy paper, 9-5-2014. [Disponible <https://www.imf.org/external/np/pp/eng/2014/050914.pdf> consulta: 1-4-2016].
- FMI: *World Bank and the IMF Launch Joint Initiative to Support Developing Countries in Strengthening Tax Systems* [en línea] 10 de julio de 2015. Disponible en <http://www.imf.org/external/np/sec/pr/2015/pr15330.htm>. [consulta 3 de septiembre de 2016]
- FMI: *The Platform for Collaboration on Tax: Concept Note*. 19 de abril de 2016. [en línea, disponible en <https://www.imf.org/external/np/sec/pr/2016/pdf/pr16176.pdf> Consulta 27 de noviembre de 2016]
- FMI, OECD, ONU y Banco Mundial: “*Supporting the Development of More Effective Tax Systems: A Report to the G-20 Development Working Group*.” [en línea]. 2011 [Consulta 1-1-2016] Disponible en [www.imf.org/external/np/g20/pdf/11031](http://www.imf.org/external/np/g20/pdf/11031.pdf), <http://www.oecd.org/ctp/48993634.pdf>.
- FMI, OECD, ONU y Banco Mundial: *Options for Low Income Countries' Effective and Efficient Use of Tax Incentives for Investment*. [en línea] noviembre de 2015. Disponible en <https://www.imf.org/external/np/g20/pdf/101515a.pdf> [Consulta 23 marzo 2016]
- FITZGERALD, Valpi: *International Tax Co-operation and Capital Mobility*. [en línea] *Oxford Development Studies*, 30 (3), 2002, Págs. 251-266. Disponible en <http://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/1360081022000012680> [consulta 7 Febrero 2016]
- FLEMING, J. Clifton, PERONI, Robert J. y SHAY, Stephen E.: *Fairness in International Taxation: The Ability-to-Pay Case for Taxing Worldwide Income*. En *Florida Tax Review*, vol. 5, no`4, 2001, páginas 301 a 356
- FLEMING, J. Clifton, PERONI, Robert J. y SHAY, Stephen E.: *Worse than exemption*. En *Emory Law Journal*, n. 59: pgs. 79–149. 2009
- FRANKEL, Jakob, RAZIN, Assak, y SADKA, Efraim: *International Taxation in an Integrated World*. Cambridge, MIT Press. ISBN: 9780262512145. 1991, 251 pgs.
- FUEST, Clemens y RIEDEL, Nadine: “*Tax Evasion and Tax Avoidance in Developing Countries: The Role of International Profit Shifting*” [en línea] En *Oxford University Centre for Business Taxation*. 2010. 46 págs. Disponible en <https://www.sbs.ox.ac.uk/faculty-research/tax/publications/working-papers/tax-evasion-and-tax-avoidance-developing-countries-role-international-profit-shifting> [consulta 25 de enero de 2016]
- FUEST, Clemens, HUBER, Bernd y MINTZ Jack: *Capital mobility and tax competition: a survey*. CESifo Working Paper 956. 2003
- G-7: *Economic Communiqué: Making a Success of Globalization for the Benefit of All*. Lyon, Francia, 28 de Junio de 1996. [en línea, disponible en <http://www.library.utoronto.ca/g7/summit/1996lyon/communique.html> consulta 14 de marzo de 2016]

- G-7: Leader's Declaration G-7 summit, 7-8 June 2015 in Schloss Elmau https://www.g7germany.de/Content/DE/Anlagen/G8_G20/2015-06-08-g7-abschluss-eng.pdf?blob=publicationFile&v=5
- G-20: *Saint Petersburg Development Outlook*. [en línea] 2013. <http://www.oecd.org/g20/topics/development/St-Petersburg-Development-Outlook.pdf> [consulta 30 de enero de 2016]
- G-20: *G20 Leaders' Communiqué. Antalya Summit*, 15-16 November 2015. [en línea]. Disponible en <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/11/16-g20-summit-antalya-communique/> [consulta 11 junio 2016]
- G-20: *Communiqué. G20 Finance Ministers and Central Bank Governors Meeting in Shanghai*, 27 de febrero de 2016. [en línea]. Disponible en <http://www.g20.utoronto.ca/2016/160227-finance-en.html> [consulta 28 febrero 2016]
- G-20 DWG: *Domestic Resource Mobilisation, G20 Response to 2014 Reports On Base Erosion And Profit Shifting And Automatic Exchange Of Tax Information For Developing Economies* [en línea, disponible en <https://g20.org/wp-content/uploads/2014/12/16%20G20%20response%20to%202014%20reports%20on%20BEPS%20and%20AEOI%20for%20developing%20economies.pdf>.
- GAUTHIER, David: *Morals by Agreement*. Oxford, Clarendon Press, 1986.
- GHOSH, Shanto, SHU, Wei y TOMAR, Rahul: Location Specific Advantages: China and India. En *International Tax Review* [en línea], 23 de enero de 2014, <http://www.internationaltaxreview.com/Article/3300894/Location-specific-advantages-India-and-China.html> [consulta el 24 de enero de 2016].
- GLOBAL PARTNERSHIP FOR EFFECTIVE DEVELOPMENT CO-OPERATION: *First High-Level meeting*. 15 y 16 de abril de 2014. [en línea, disponible en <http://effectivecooperation.org/hlm2014/> consulta 18 de marzo de 2016].
- GLOBALWITNESS: "A crude awakening" [en línea], reportaje de 1 de diciembre de 1999. Disponible en <https://www.globalwitness.org/library/crude-awakening> [consulta 20 febrero 2016].
- GOLDBERG, H. L.: "Conventions for the Elimination of International Double Taxation: Toward a Developing Country Model", En *Law & Policy in International Business*, Vol 15, 1983, pp 833-909.
- GONZÁLEZ DE FRUTOS, Ubaldo: La expansión y control de los *Tax Shelters* en Estados Unidos. En *Crónica Tributaria* Núm. 122/2007, págs. 89-120
- GONZÁLEZ DE FRUTOS, Ubaldo: Fiscalidad y Desarrollo: cómo los países en desarrollo necesitan de un sistema tributario moderno y eficaz, y qué pueden hacer los países desarrollados para apoyarlos. En *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación. Comentarios, casos prácticos*. ISSN 1138-9540. Núm. 232, 2010, págs. 57-68

- GONZÁLEZ DE FRUTOS, Ubaldo. La Experiencia Norteamericana en los Precios de Transferencia, en CORDÓN EZQUERRO, Teodoro (Ed.) *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*, Editorial Estudios Financieros, segunda edición, Madrid, 2016, 943 págs. ISBN 978-84-454-3259-4
- GONZÁLEZ DE FRUTOS, Ubaldo. El Proyecto BEPS y la Reforma de los Precios de Transferencia, en CORDÓN EZQUERRO, Teodoro (Ed.) *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*, Editorial Estudios Financieros, segunda edición, Madrid, 2016, 943 págs. ISBN 978-84-454-3259-4
- GONZALEZ DE FRUTOS, U. y BURGOS GARCÍA, M.C.: El Informe País por País. En *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación. Comentarios, casos prácticos*. ISSN 1138-9540. Núm. 396, marzo de 2016.
- GOVERNMENT OF THE NETHERLANDS: *Government stepping up support to developing countries on tax issues*. 22 de junio de 2015. [en línea] disponible en <https://www.government.nl/latest/news/2015/06/20/government-stepping-up-support-to-developing-countries-on-tax-issues> [consulta 21 de marzo de 2016].
- GOODIN, Robert: *Reasons for Welfare: The Political Theory of the Welfare State (Studies in Moral, Political, and Legal Philosophy)*. Princeton University Press, 1988.
- GRAETZ, Michael J.: "Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts, and Unsatisfactory Policies"[en línea]. En *Tax Law Review*, 54. 261, 1.1.2001. 77 pgs. Disponible en http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2617&context=fss_papers [consulta 25.1.2016].
- GRAETZ, Michael J.: "The "Original Intent" of US International Taxation". En *Faculty Scholarship Services* [en línea] Vol. 46, 1997, págs. 1021 a 1109. Disponible en <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=dlj> [Consulta: 15 enero 2016].
- GRAHAM, Edward: *Fighting the wrong enemy: Antiglobal activists and multilateral enterprise*. Institute for international Economics, Washington DC. 2000.
- GREEN, Robert A.: "The Future of Source-based Taxation of the Income of Multinational Enterprises". [en línea] En *Cornell Law Review*, 79, 18, 1993, páginas 63-86. Disponible en <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1567&context=facpub> [Consulta 24 de enero de 2016]
- GURRÍA, Angel. *Urgente: Un nuevo marco fiscal internacional*. El País, 13 de noviembre de 2015.
- GUZMAN, Andrew T: Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties, [en línea] En *Virginia Journal of International Law*, Vol. 38, pp 639-688. 1 de enero de 1997. Disponible en <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1903&context=facpubs> [Consulta 7 Febrero 2016]

- HARDING, A.: *Double Taxation of Property and Income, A Study in the Judicial Delimitation of the Conflicting Claims of Taxing Jurisdiction Advanced by the American States*. Harvard University Press, 1933 - 326 páginas .
- HELLESTEIN, Jerome F.: “Federal income Taxation of Multinationals: Replacement of Separate Accounting with Formulary Apportionment”. En *Tax Notes*, no. 60, pg. 1131, 23 de Agosto de 1993
- HINES, James y WILLARD, Kristen: *Trick or treaty? Bargains and surprises in international tax agreements*. Working Paper. Harvard University. 1992
- HINES, James Jr.: “Tax Sparing” and Direct Investment in Developing Countries”, *Working Paper 6728. National Bureau of Economic Research*. Cambridge, Ma. Septiembre de 1998
- HONGLER, Peter. *IFA 69th Congress in Basel, Seminar G:IFA/OECD*. 2 de septiembre de 2015. IBFD, Ámsterdam
- IASB: *Discussion Paper DP/2010/1, Extractive Industries*. [en línea] 2010. Disponible en <http://www.criresco.com/dpextractiveActivitiesApr10.pdf> [consulta 21 de febrero de 2016].
- IBFD: *IBFD Spillover Analysis. Possible Effects of the Irish Tax System on Developing Economies*. 2015. [en línea] disponible en http://www.budget.gov.ie/Budgets/2016/Documents/IBFD_Irish_Spillover_Analysis_Report_pub.pdf [consulta 23 de marzo de 2016]
- ICAEW. Tax Fairness and Transparency. ICAEW Seminar on a better international tax system: EU Perspectives. 4 de marzo de 2015. [en línea, disponible en <http://www.icaew.com/~media/corporate/files/about%20icaew/what%20we%20do/policy/public%20finances/tax%20fairness%20and%20transparency%20digital.ashx> , consulta 5 de marzo de 2016]
- INDEPENDENT COMMISSION ON THE REFORM OF INTERNATIONAL CORPORATE TAXATION, ICRIT (2015): *Evaluation of the Independent Commission for the Reform of International Corporate Taxation for the Base Erosion and Profit-Shifting Project of the G20 and OECD*. [en línea] Octubre 2015. Disponible en http://www.icrit.org/wp-content/uploads/2015/10/ICRICT_BEPS-Briefing_EN_web-version-1.pdf . [consulta 11 febrero 2016]
- IOB: *Evaluation issues in Financing For Development. Analysis of effects of Dutch corporate tax policy on Developing Countries*. Ministry of Foreign Affairs. Países Bajos. 2013.
- ITC (2001): *Study on Mapping International Support to Taxation* http://www.taxcompact.net/documents/2011-09-10_Mapping-Study_International-Support-to-Taxation.pdf
- JANEBA, Eckhard. “Foreign Direct Investment under Oligopoly: Profit Shifting or Profit Capturing?” En *Journal of Public Economics* 60, 2006 Pgs. 423-445

Ubaldo González de Frutos

Bibliografía

- JOHANNES, K.; CHMURA, Th. y PITZ, Th.: *The Tobin Tax, A Game Theoretical and Experimental Approach*. Social Science Electronic Publishing, 2007
- KADET, J.: Expansion of the Profit-Split Method: The Wave of the Future. En *Tax Analysts International – Tax Notes*, 2015
- KAUDER, Louis M.: “Intercompany pricing and Section 482: A proposal to shift from uncontrolled comparables to formulary apportionment now. En *Tax Notes*, 485, 25 de enero de 1993.
- KAUFMAN, Nancy. Fairness and the taxation of international income. En *Law and Policy in International Business*, no. 29, 145, 1998 [extracto en línea, disponible en <https://www.questia.com/library/journal/1G1-21034425/fairness-and-the-taxation-of-international-income> Consulta 5 de marzo 2016]
- KEMMEREN Eric C.C.M.: Legal and Economic Principles Support an Origin and Import Neutrality-Based over a Residence and Export Neutrality-Based Tax Treaty Policy. En LANG *et alii*, ed. *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*, IBFD, Amsterdam, 2010. pp. 237-310
- KLEINBARD, Edward. Stateless Income Challenge to Tax Policy. En *Tax Notes*, Parte 1 del artículo, [en línea], 5 de septiembre de 2011, Disponible en <http://www.taxanalysts.com/www/features.nsf/Articles/67BEF665EC348BE985257E1A0062230D?OpenDocument> Parte 2 del artículo [en línea], 12 de noviembre de 2012 <http://www.taxanalysts.com/www/features.nsf/Features/AFC670629CBB169785257E1B004B24FF?OpenDocument> [Consulta en 3-1-2016]
- KOCH, Lars: *BEPS – maybe not the solution we hoped for?* [en línea] The Tax Dialogue On Corporate Responsibility, Dinamarca, 4 de mayo de 2015. Disponible en <http://thetaxdialogue.org/articles/beps-maybe-not-solution-we-hoped/> [consulta 11 febrero de 2016]
- LAGARES, Manuel: *Un sistema Impositivo Adecuado*. El Mundo, martes 16 de febrero de 2016, página 6.
- LANGBEIN, Stanley I. “A Modified fractional apportionment Proposal for Transfer Pricing”. En *Tax Notes*, 54, 719, 10 de febrero de 1992.
- LANG, Michael: *Introduction to the law of double taxation conventions*, Vienna, Linde Verlag, 2010.
- LATINADD. *Double Taxation Agreements in Latin America*. Buenos Aires, 2013.
- LEPARD, Brian D. “Is the United States obligated to drive on the right? A multidisciplinary inquiry into the normative authority of contemporary international tax law using the Arm’s Length Standards as a case study. [en línea] En *Duke Journal of Comparative & International Law* 43-190, 1999. Disponible en <http://scholarship.law.duke.edu/djcil/vol10/iss1/3> [consulta 24 de enero de 2016]

- LÓPEZ ESPADAFOR, Carlos María: La Estructuración del Derecho Financiero y Tributario Internacional y Comunitario. En *Crónica Tributaria* 125/2007. [en línea, disponible en http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/fiscalidad_internacional/125_estructuracion.pdf, consulta 27 de marzo de 2016].
- LÓPEZ ESPADAFOR Carlos María. *Principios Básicos de Fiscalidad Internacional*. Marcial Pons, Madrid, 2010.
- LOUIE, Henry y ROUSSLANG, Donald J. Host-Country Governance, Tax Treaties and American Direct Investment Abroad. En *International Tax and Public Finance*, n. 15, 2008, pgs. 256-273
- MCGAURAN, Katrin: *Should the Netherlands Sign Tax Treaties with Developing Countries?* [en línea] SOMO, Ámsterdam, Junio 2013. ISBN: 978-94-6207-026-4 Disponible en http://www.somo.nl/publications-en/Publication_3958 [consulta 7 Febrero 2016]
- MARTÍN QUERALT, Juan, LOZANO SERRANO, Carmelo, TEJERIZO LÓPEZ, José Manuel y CASDO OLLERO, Gabriel. Curso de Derecho Financiero y Tributario, Madrid, Ed. Tecnos, Vigésimo quinta edición, 2015.
- MATHESON, Thornton; PERRY, Victoria y VEUNG Chandara: *Territorial vs. Worldwide Corporate Taxation: Implications for Developing Countries*. FMI Working Paper 13/205. International Monetary Fund. Octubre 2013
- MAURO, Paolo. Corruption and Growth. En *The quarterly Journal of Economics*, vol. 110, n. 3. Agosto de 1995, págs. 681-712
- MILLER, Benjamin F.: *None are so blind as those who will not see*. En Tax Notes, 66, pg. 1023, 13 de febrero de 1995
- MORALES LAMA, Manuel: *La reciprocidad en las relaciones internacionales*. [en línea, disponible en <http://www.listindiario.com/puntos-de-vista/2009/6/19/105225/print-no-pics>, consulta 27 de marzo de 2016]
- MURPHY, Richard: *It is true, IFRS 8 will be bad for investors*. [en línea] Disponible en <http://www.taxresearch.org.uk/Blog/2007/05/08/its-true-ifs-8-will-be-bad-for-shareholders/> [consulta 21 de febrero 2016]
- MURPHY, Richard: *Country-by-country reporting. Accounting for globalization locally*. 2012 [en línea] Disponible en <http://www.taxresearch.org.uk/Documents/CBC2012.pdf> [consulta 16 febrero 2016]
- MUSGRAVE, Peggy: Tax Base Shares: the Unitary versus the Separate Entity Approaches. En *Canadian Tax Foundation*, 21, 1979
- MUSGRAVE, R. y MUSGRAVE P. B.: Inter-nation equity, en BIRD, R. y HEAD, J. (eds), *Modern Fiscal Issues: Essays in Honor of Carl S. Shoup* Toronto, University of Toronto Press, 1972

Ubaldo González de Frutos

Bibliografía

- NEUMARK, Fritz: *Principios de la Imposición*. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1994. Segunda Edición.
- NEUMAYER, Eric: Do Double Taxation Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?, En *Journal of Development Studies*, vol. 43 n. 8, pgs. 1501-1519.
- NEUMAYER, Eric y SPESS, Laura: Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries? En *World Development*, 33 (10), 2005, pgs. 1567-1585.
- NEW DEVELOPMENT BANK BRICS. *About*. [en línea] <http://ndbbrics.org/> [consulta 19 marzo 2016]
- NORWEGIAN COMMISSION ON CAPITAL FLIGHTS FROM POOR COUNTRIES. *Tax Havens and Development. Status, Analyses and measures* [en línea] Oslo, 2009. Disponible en https://www.regjeringen.no/contentassets/0a903cdd09fc423ab21f43c3504f466a/en-gb/pdfs/nou200920090019000en_pdfs.pdf [Consulta: 3-1-2016]
- NOZICK, Robert: *Anarchy, State, and Utopia*, New York, Basic Books, 1974
- OCAMPO, José Antonio. *Una derrota para la cooperación fiscal internacional*. El País, 13 de agosto de 2015.
- OCDE: *Harmful Tax Competition, an Emerging Global Issue*. [en línea] París, OECD Publishing, 1998. 82 pgs. Disponible en <http://www.oecd.org/tax/transparency/44430243.pdf> [consulta 25 de enero de 2016]
- OCDE: *Principios de Gobierno Corporativo*. [en línea], 2004. Disponible en <http://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/37191543.pdf> [consulta 30 de enero de 2016].
- OCDE: *Governance, Taxation and Accountability. Issues and Practices*. [en línea] 2 de abril de 2008. En línea, Disponible en <http://www.oecd.org/dac/governance-peace/governance/docs/39440469.pdf> [consulta 5 Feb 2016]
- OCDE: *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations. A Companion Volume to International Investment Perspectives*. 2008. [en línea, disponible en <http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/40471468.pdf>]. Consulta 23 de marzo de 2016]
- OCDE: *Declaración de París sobre la Eficacia de la Ayuda al Desarrollo y Programa de Acción de Accra* [en línea]. 2008. Disponible en <http://www.oecd.org/dac/effectiveness/34580968.pdf> [Consulta 30 enero 2016]
- OCDE: *Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias 2010*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid. 2013 DOI: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202191-es>

Ubaldo González de Frutos

Bibliografía

- OCDE: *The Era of Bank Secrecy is Over*. [en línea], 2011. Disponible en <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/48996146.pdf> [Consulta 25 de enero de 2016]
- OCDE: *Lucha contra la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios*. París, OECD Publishing, 2013. 103 pgs. DOI: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264201224-es>
- OCDE: *Draft Principles for International Engagement in Supporting Developing Countries in Revenue Matters*, [en línea, disponible en [www.oecd.org/ctp/tax-global/Principles for international engagement May2013.pdf](http://www.oecd.org/ctp/tax-global/Principles%20for%20international%20engagement%20May2013.pdf)] [Consulta 25 de enero de 2016]
- OCDE: *Tax and Development. Aid Modalities for Strengthening Tax Systems*. 2013. [en línea] <http://www.oecd.org/publications/tax-and-development-9789264177581-en.htm> [Consulta 25 de enero de 2016]
- OCDE. *Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, [en línea]. París, OECD Publishing, 2014. 49 págs. ISBN 978-92-64-20780-6. DOI <http://dx.doi.org/10.1787/9789264207813-es>
- OCDE: *Líneas Directrices para Empresas Multinacionales*, Revisión 2011. [en línea] edición en español de 2013. Disponible en <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf> [consulta 25.1.2016]
- OECD: *Multilateral Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters, as amended by the 2010 Protocol*. [en línea] Disponible en http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/the-multilateral-convention-on-mutual-administrative-assistance-in-tax-matters_9789264115606-en#page1 [consulta 21 de febrero de 2016]
- OCDE: *Draft Handbook on Transfer Pricing Risk Assessment*. [en línea] 2013. Disponible en <http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/Draft-Handbook-TP-Risk-Assessment-ENG.pdf> [consulta 21 de febrero de 2016]
- OCDE: *Restoring Fairness to the International Tax System. Remarks by Grace Perez Navarro, Deputy Director, CTPA, G20 Partnership for Growth and Jobs: Pre-G20 Summit Conference, Higher School of Economics, Moscú, 29 de Agosto de 2013*. [en línea, disponible en <https://www.hse.ru/data/2013/09/05/1276980799/Grace%20Perez-Navarro%20Restoring%20Fairness%20Moscow%20SpeechI.pdf>, Consulta 6 de marzo de 2016]
- OCDE: *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties*. 2014. [en línea] <http://www.oecd.org/ctp/developing-a-multilateral-instrument-to-modify-bilateral-tax-treaties-9789264219250-en.htm> [consulta 23 de marzo de 2016].
- OCDE: *Part 1 of a report to G20 Development Working Group on the impact of BEPS in low income countries* [en línea], 2014 <http://www.oecd.org/tax/tax-global/part-1-of-report-to-g20-dwg-on-the-impact-of-beps-in-low-income-countries.pdf> [consulta 25 de enero de 2016]

- OCDE: *Part 2 of a report to G20 Development Working Group on the impact of BEPS in low income countries* [en línea] 13 de agosto de 2014. <http://www.oecd.org/ctp/tax-global/part-2-of-report-to-g20-dwg-on-the-impact-of-beps-in-low-income-countries.pdf> [Consulta 30 de enero de 2016]
- OCDE: *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y el Patrimonio*. [en línea] OCDE, 2014. Disponible en <http://www.oecd.org/ctp/treaties/2014-model-tax-convention-articles.pdf> [consulta 6 Febrero 2016]
- OCDE. *Tax Sparing, a reconsideration*. OECD Publishing. Paris, 1998, 88 pgs. ISBN 97-892-64160224
- OCDE: BEPS Action 10: Discussion Draft on the use of Profit Splits in the Context of Global Value Chains [en línea], 2014. Disponible en <http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/discussion-draft-action-10-profit-splits-global-value-chains.pdf> [consulta 21 marzo 2016]
- OCDE: *Action 15, A Mandate for the Development of a Multilateral Instrument on Tax Treaty Measures to Tackle BEPS*. 2015. [en línea] <http://www.oecd.org/ctp/beps-action-15-mandate-for-development-of-multilateral-instrument.pdf> [consulta 23 de marzo 2016]
- OCDE: *El proyecto BEPS y los países en desarrollo: de las consultas a la participación*. [en línea, disponible en <http://www.oecd.org/ctp/estrategia-fortalecimiento-paises-en-desarrollo.pdf> Consulta 20 marzo 2015]
- OCDE (2015b): *Strengthening Tax Systems to Mobilise Domestic Resources in the Post-2015 Development Agenda* <http://www.oecd.org/dac/Post%202015%20Domestic%20Resource%20Mobilisation.pdf>
- OCDE: *Guidance on the implementation of Transfer Pricing Documentation and Country by Country reporting*. 2015 [en línea] Disponible en <http://www.oecd.org/ctp/beps-action-13-guidance-implementation-tp-documentation-cbc-reporting.pdf> [consulta 16 Febrero 2016]
- OCDE: *Country-by-Country Reporting Implementation Package*. 2015. [en línea] Disponible en <http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/beps-action-13-country-by-country-reporting-implementation-package.pdf> [consulta 16 febrero 2016]
- OCDE. *Addressing the tax challenges of the digital economy. BEPS. Action 1 Final report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015, 285 pgs. ISBN 978-92-64-24102-2
- OCDE. *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements. Action 2, 2015 Final report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015, 453 pgs. ISBN 978-92-64-24108-4
- OCDE. *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules. Action 3, 2015 Final report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015, 69 pgs. ISBN 978-92-64-24114-5

- OCDE. *Limiting Base Erosion involving Interest Deductions and Other Financial Payments. Action 4, 2015 Final report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015, 114 pgs. ISBN 978-92-64-24116-9
- OCDE. *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, taking Into Account Transparency and Substance. Action 5, 2015 Final report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015, 79 pgs. ISBN 978-92-64-24118-3
- OCDE: *Preventing the Granting of Treaty benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 Final Report*. OECD Publishing Paris, 2015. ISBN 978-92-64-24120-6. 101 pgs.
- OCDE: *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent establishment Status, Action 7 Final Report*. OECD Publishing Paris, 2015. ISBN 978-92-64-24121-3. 46 pgs.
- OCDE. *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10, 2015 Final reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015, 186 pgs. ISBN 978-92-64-24123
- OCDE. *Measuring and monitoring BEPS. Action 11 Final report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015, 268 pgs. ISBN 978-92-64-24133
- OCDE: *Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting. Action 13. Final report*. OECD Publishing, Paris, 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241480-en>
- OCDE: *Action 15, A Mandate for the Development of a Multilateral Instrument on Tax Treaty Measures to Tackle BEPS. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, [en línea] Disponible en <https://www.oecd.org/ctp/beps-action-15-mandate-for-development-of-multilateral-instrument.pdf> [consulta 20 marzo 2016]
- OCDE: *Multilateral instrument for BEPS tax treaty measures: the Ad hoc Group*. [en línea] disponible en <http://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-instrument-for-beps-tax-treaty-measures-the-ad-hoc-group.htm>, [consulta 2 de abril de 2016]
- OECD: *Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*. 24 November 2016. [en línea] disponible en <http://www.oecd.org/tax/treaties/explanatory-statement-multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf> [Consulta 10 de diciembre de 2016]
- OCDE: *The CRS Multilateral Competent Authority Agreement*. [en línea] 29 de octubre de 2014. Disponible en <https://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/international-framework-for-the-crs/> [consulta 21 de marzo de 2016]
- OCDE: *Standard for Automatic Exchange of Financial Information. Implementation Handbook*. [en línea], disponible en <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/implementation-handbook-standard-for-automatic-exchange-of-financial-information-in-tax-matters.pdf> [consulta 23 de marzo de 2016]

- OCDE: Multilateral Convention to Implement Tax Treaties Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting. Disponible en <http://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf> [consulta 10 de diciembre de 2016]
- OCDE-CONSEJO DE EUROPA: *Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal*. 1988 [en línea] Disponible en <http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/48094024.pdf> [consulta 21 de marzo de 2016].
- OCDE-CONSEJO DE EUROPA: *Protocol Amending the Multilateral Convention on Adminisntrative Assitance in Tax Matters* [en línea] <http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/2010 Protocol Amending the Convention.pdf> [consulta 21 de marzo de 2016]
- OHNO, Taro. Empirical Analysis of International Tax Treaties and Foreign Direct Investment. En *Public Policy Review*, Vol 6 No 2, Marzo 2010. Policy Research Institute, Ministerio de Finanzas, Japón
- OIT : *Involucrar a las empresas multinacionales en la creación de más y mejores empleos* [en línea] 2013. Disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---multi/documents/publication/wcms_185357.pdf [consulta 16 febrero 2016]
- ONU: *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. Documento A/CONF.39/27. Viena, 23 de mayo de 1969. En vigor desde el 27 de enero de 1980.
- ONU: Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo de 2002, Naciones Unidas, A/CONF.198/11 [en línea], 2002. Disponible en <http://www.un.org/es/conf/ffd/2002/> [consulta 5 febrero 2016]
- ONU: *Investing in Development. A practical Plan to Achieve the Millennium Goals*. [en línea] United Nations, New York, 2005. Disponible en <http://www.unmillenniumproject.org/documents/MainReportComplete-lowres.pdf> [Consulta 5 Feb 2016]
- ONU: Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo de 2008, Naciones Unidas, A/CONF.212/L.1/Rev.1 [en línea] disponible en <http://www.un.org/es/conf/ffd/2008/> [consulta 5 febrero 2016]
- ONU: *El Futuro que queremos*. Resolución aprobada por la Asamblea General el 27 de julio de 2012 [en línea]. A/RES/66/288. Disponible en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/66/288>. [Consulta 19 de marzo de 2016]
- ONU: *Convención modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo, revisión de 2011* [en línea]. Nueva York, Naciones Unidas, 2011. Disponible en http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2014/09/UN_Model_2011_UpdateSp.pdf [consulta 6 Febrero 2016]
- ONU: *Una vida digna para todos: acelerar el logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio y promover la agenda de las Naciones Unidas para el desarrollo después de 2015*. 2013 [en

- línea, disponible en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/68/202> consulta 4 de abril de 2016]
- ONU: *Manual de las Naciones Unidas en temas específicos sobre la administración de convenios de doble tributación para países en desarrollo*. [en línea], 2015. Disponible en http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2015/04/UN_Handbook_DTT_Sp.pdf [consulta 21 de marzo de 2016]
- ONU: *Tercera Conferencia Internacional de Financiación para el Desarrollo. Agenda de Acción de Addis Abeba*. [en línea] 13-16 julio 2015. Naciones Unidas, A/CONF.227/L.1 Disponible en http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/CONF.227/L.1&referer=/english/&Lang=S [consulta 5 Feb 2016]
- ONU: Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters. Report on the eleventh sesión (19-23 October 2015). [en línea, disponible en http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2016/01/TaxCommitteeRpt_11session_AUV.pdf , consulta 2 de abril de 2016].
- ONU: *Objetivos de Desarrollo del Milenio. Informe de 2015*. [en línea] Disponible en http://www.un.org/es/millenniumgoals/pdf/2015/mdg-report-2015_spanish.pdf [consulta 19 de marzo de 2016]
- ONU: *Objetivos de Desarrollo Sostenible. 17 Objetivos para transformar nuestro mundo* [en línea], disponible en <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/> [Consulta 5 de noviembre de 2016]
- ONU: *Agenda 2030 para el desarrollo sostenible* [en línea]. Disponible en <http://www.undp.org/content/undp/es/home/sdgooverview/post-2015-development-agenda.html> [consulta 5 Feb 2016]
- ONU, LEADERSHIP COUNCIL OF THE SUSTAINABLE DEVELOPMENT SOLUTIONS NETWORK. *Indicators and a monitoring framework for the Sustainable Development Goals. Launching a data revolution*. [en línea] 12 de junio de 2015. Disponible en <http://unsdsn.org/wp-content/uploads/2015/05/150612-FINAL-SDSN-Indicator-Report1.pdf> [consulta 19 de marzo de 2016]
- OXFAM: *Tax evasion damaging poor countries*. [en línea] <https://www.oxfam.org/en/pressroom/pressreleases/2013-09-01/tax-evasion-damaging-poor-country-economies> [consulta 19 marzo 2016]
- PALMER, G.: New ways to make international environmental law. En *American Journal of International Law*, 259. 1992.
- PAOLINI, Dimitri, PISTONE, Pasquale, PULINA, Giuseppe y ZAGLER, Martin. *Tax treaties and the allocation of taxing rights with developing countries*, Centre for Operations, Research and Economics. Bélgica 14 de abril de 2011. 25 pgs.

Ubaldo González de Frutos

Bibliografía

- PAPKE, Leslie. One-way Treaty with the world: the US withholding Tax and the Netherland Antilles. En *International Tax and Public Finance*, n. 7, 2000, pgs. 295-313
- PELZER, N. (2010), Nuclear New Build: New Nuclear Law?, En *Nuclear Law Bulletin*, Vol. 2009/2.
- PICCIOTTO, Sol: *Towards Unitary Taxation of Transnational Corporations* [en línea], 9 diciembre 2012. Disponible en http://www.taxjustice.net/cms/upload/pdf/Towards_Unitary_Taxation_1-1.pdf [consulta 21 de febrero de 2016]
- PICCIOTTO, Sol: *Is the International Tax System Fit for Purpose, Especially for Developing Countries?* [en línea] International Center for Tax and Development. Working Paper 13. <http://www.ictd.ac/en/publications/international-tax-system-fit-purpose-especially-developing-countries> [Consulta 16 enero 2016]
- PICCIOTTO, Sol: ¿La OCDE puede reparar el sistema Fiscal Internacional? En *Enfoque Internacional*, No. 12, Análisis Tributario, Lima, Perú.
- PICKERING, Ariane: Why negotiate tax treaties? En *Papers on selected topics in negotiation of tax treaties for developing countries*. ITC, Paper n. 1 [en línea], mayo de 2013 http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2013/05/20130530_Paper1N_Pickering.pdf [Consulta 3-1-2016]
- PINTO, Dale. Exclusive source or residence-based taxation - is a new and simpler world tax order possible? En *Bulletin for International Taxation*. 61, 2007: pgs. 277-291.
- PISTONE, Pasquale. "Tax Treaties with developing Countries: a plea for new allocation rules and a combined legal and economic approach". En LANG *et alii*, ed. *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*, IBFD, Amsterdam, 2010. pp. 413-439
- POGGE, Thomas: *World Poverty and Human Rights: Cosmopolitan Responsibilities and Reforms*, Cambridge: Polity Press, 2002
- PWC: *Tax transparency and country-by-country reporting - An ever changing landscape* [en línea]. 2013. Disponible en <http://www.pwc.com/gx/en/tax/publications/tax-transparency-reporting-an-ever-changing-landscape.jhtml> [consulta 5 Feb 2016]
- PWC: *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS): adapting to a changing environment* [en línea]. Disponible en <http://www.pwc.co.uk/services/tax/beps-index.html> [consulta 11 febrero 2016]
- PUBLIQUEN LO QUE PAGAN: Historia [en línea]. Disponible en <http://www.publishwhatyoupay.org/es/about/historia> [consulta 21 de febrero de 2016]
- RING, Diane. Prospects for a Multilateral Tax Treaty. En *Brooklyn Journal of International Law* 26, no.4, 2001, pgs. 1699-1710.

Ubaldo González de Frutos

Bibliografía

- RIXEN, Thomas: *Tax Competition and Inequality - The Case for Global Tax Governance. Global Governance: A Review of Multilateralism and International Institutions*, Vol. 17, 2011 http://eis.bris.ac.uk/~plcdib/territory/papers/dietsch_justiceandtax.pdf
- ROSENBLOOM, David. International Tax Arbitrage and the “International Tax System”. En *Tax Law Review*, no. 53, 137, 2000.
- ROIN, Julie: “Competition and Evasion: another perspective on international tax competition”. En *Georgetown Law Journal*, n. 89. 2001, pgs. 549-586.
- RUBIO GUERRERO, Juan José: *Principios básicos de la Fiscalidad Internacional y la doble imposición internacional*, en CORDÓN EZQUERRO, T (Ed.) *Manual de Fiscalidad Internacional*. Insituto de Estudios Fiscales. Madrid 4 Ed. págs. 37-68. ISBN: 978-84-8008-387-4
- RUST, Alexander: International Tax Neutrality and Non-Discrimination, a Legal Perspective. En Lang et alii, *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*, IBFD, Amsterdam, 2010, pp. 629-649
- SIEGMANN, Till: The impact of Bilateral investment Treaties and Double Taxation on Foreign Direct Investments. *University of St. Gallen Law School and Economics Research Papers Series, Working Paper No. 2008-22*. 2008.
- SAINZ DE BUJANDA, Fernando: *Un Esquema de Derecho Internacional Financiero*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, 1983
- SALES FACTOR: *Sales factor apportionment is a clear, honest, and fair tax for 21st century American businesses*. <http://www.salesfactor.org/>
- SATO, M. y BIRD, R.: International Aspects of the Taxation of Corporations and Shareholders, *Staff Papers – International Monetary Fund*, 22: 1975
- SAVOY, Connor y PERKINS, Christina: *Taxes and Development. The promise of Domestic resource Mobilisation*. [en línea] Center for Strategic and International Studies. Diciembre de 2014. Disponible en http://csis.org/files/publication/141203_Savoy_TaxesDevelopment_Web.pdf [Consulta 5 de febrero de 2016]
- SCHANZ, George: “Der Einkommensbegriff und die Einkommensteuergesetze”: *Finanz-archiv*, 13 1–87. ISSN 0015-2218.
- SCHWARZ, Jonathan.: *Multilateral Tax Treaty: If we build it, will they come?* [en línea] 5 de septiembre de 2005. Kluwer International Tax Blog. Disponible en <http://www.kluwertaxlawblog.com/blog/2015/09/05/multilateral-tax-treaty-if-we-build-it-will-they-come/> [consulta 23 de marzo de 2016]
- SERRANO ANTÓN, Fernando: “El informe sobre erosión de bases imponibles y traslado de beneficios de la OCDE: origen e implementación en un marco internacional y globalizado”. *PUCP, Revista de la Facultad de Derecho* N. 72, 2014, pgs. 45-70

Ubaldo González de Frutos

Bibliografía

SERRANO ANTÓN, F (Ed): *Fiscalidad internacional*. Centro de Estudios Financieros. Madrid, 2015 Sexta Edición, 2.128 págs, 2 volúmenes. ISBN 978-84-454-2271-7

SERRANO ANTÓN, Fernando: “La era post-BEPS o la ejecución de su Plan de Acción: Convenio Multilateral vs. Implementación Unilateral”. *Quincena Fiscal*, N. 12, 2016, págs. 129-164, ISSN 1132-8576.

STATE ADMINISTRATION OF TAXATION-CHINA: *Circular of the State Administration of Taxation on Strengthening the Administration of Enterprise Income Tax on Incomes from Non-resident Enterprises' Equity Transfers* No.698 , 2009 <https://www.kpmg.com/CN/zh/services/Tax/Global-Transfer-Pricing-Services/Documents/Circular-20091210-0698-1e.pdf>

STEWART, D.: *BEPS presents slippery slope towards Formulary Apportionment*. *Tax Notes International - Analysts*. Febrero de 2015

TAX JUSTICE NETWORK: *Source and Residence Taxation*. [en línea], 2005, Disponible en http://www.taxjustice.net/cms/upload/pdf/Source_and_residence_taxation_-_SEP-2005.pdf [consulta 22 de marzo de 2016]

TAX JUSTICE NETWORK: “*Transfer Pricing in Developing Countries. An Introduction*”, 2009 [en línea] 2009. Disponible en http://www.taxjustice.net/wp-content/uploads/2013/04/TP_in_developing_countries.pdf [Consulta 25 de marzo de 2016]

THURONYI, Victor: *International Tax Co-operation and a Multilateral Treaty*. En *Brooklyn Journal of International Tax Law*, no. 26, 1641, 2001.

THURONYI, Victor: *Tax Treaties and Developing Countries*. En Lang et alii, *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*, IBFD, Amsterdam, 2010, pp. 441-445

TURBÉK, Z.: “Global nuclear law in the making?: Joint exercise of public powers in the nuclear field: the case of the revision of the International Basic Safety Standards”, En *Nuclear Law Bulletin*, Vol. 2012/1

TURRO, John. “The battle over Arm’s length and Formulary Apportionment”. En *Tax Notes*, 65, 1595, 26 de diciembre de 1994.

UE: *Consulta pública de la D.G. del Mercado Interior*, 2010 [en línea], Disponible en http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2010/financial-reporting/consultation_document_en.pdf [consulta 21 de febrero de 2016]

UE: *Consulta pública DG del Mercado Interior. Análisis de respuestas*. 2011. [en línea], Disponible en http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2010/financial-reporting/consultation_summary_en.pdf [consulta 21 de febrero de 2016]

UE; *Tax Revenue Mobilisation in Developing Countries, Issues and Challenges*. Abril de 2014 [en línea, disponible en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2014/433849/EXPO-DEVE_ET\(2014\)433849_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2014/433849/EXPO-DEVE_ET(2014)433849_EN.pdf) consulta 31 marzo 2016]

- UE: *Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas* [en línea]. 25 octubre 201. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0681:FIN:ES:PDF> , [Consulta 25 de enero de 2016]
- UE. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: *Un Sistema de imposición de las sociedades justo y eficaz en la Unión Europea: cinco ámbitos de actuación fundamentales*. Bruselas 17 junio de 2015 COM (2015)32 FINAL.
- UE. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la transparencia fiscal para luchar contra la evasión y la elusión fiscales. 18 de marzo de 2015. COM (2015) 136 final
- UE: *Una fiscalidad equitativa: la Comisión presenta nuevas medidas contra la elusión del impuesto sobre sociedades*. Bruselas, 28 de enero de 2016 [en línea, disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-159_es.htm consulta 29 de marzo de 2016]
- UE. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al consejo: *paquete de lucha contra la evasión fiscal: próximos pasos para lograr una imposición efectiva y una mayor transparencia fiscal en la UE*. 28 de enero de 2016. COM (2016) 23 Final
- UE: *Questions and Answers on the CCCTB re-launch* [en línea] Bruselas, 17 de junio de 2015. Disponible en [http://europa.eu/rapid/press-release MEMO-15-5174_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-5174_en.htm) [consulta 20 de septiembre de 2016]
- UE: *Propuesta de Directiva del Consejo Relativa a una Base Imponible Común del Impuesto sobre Sociedades*. 25 de octubre de 2016. COM (2016) 685 Final.
- UCKMAR, V. Double Taxation Conventions, en Amatucci (ed.) *International Tax Law*, Kluwer Law International, 2012, pgs. 149-181
- UNCTAD: *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s*. New York and Geneva: United Nations. 1998
- UNCTAD: *Bilateral Investment Treaties 1959-1999*. New York and Geneva: United Nations. 2001
- UNCTAD: *World Investment Report 2003: FDI Policies for Development National and International Perspectives*. New York and Geneva: United Nations. 2003
- UNCTAD: *World Investment Report 2004: The Shift Toward Services*. New York and Geneva: United Nations. 2004
- UNCTAD: *Foreign Direct Investment Statistics*. New York and Geneva: United Nations. <http://www.unctad.org/Templates/StartPage.asp?intItemID=2921&lang=1> 2005
- UNCTAD: *Training Manual on Statistics for FDI and the Operations of TNCs*. [en línea]. Nueva York y Ginebra, 2009 Disponinble en http://unctad.org/es/Docs/diaaia20092_en.pdf [consulta 25.1.2016]

- UNCTAD: *World Investment Report 2015. Overview*. [en línea, disponible en http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_overview_en.pdf, consulta 5 abril 2016] Pg. XVIII.
- UNDP (2010), “What will it take to achieve the Millennium Development Goals? - An International Assessment” <http://www.undp.org/content/undp/en/home/librarypage/mdg/international-assessment---english-full-version/>
- UNITED NATIONS: *Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries*. [en línea] United Nations, New York, 2013. http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN_Manual_TransferPricing.pdf [Consulta 24 enero 2016]
- US TREASURY: Preamble to the 2016 US Tax Convention. [en línea] 17 de febrero de 2016. Disponible en <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/Preamble-US%20Model-2016.pdf> [consulta 21 de marzo de 2016]
- VARGAS, Gaudencia y SÁNCHEZ, Mariela: Los claroscuros de BEPS para América Latina. El Contribuyente, 12 de noviembre de 2015. [en línea, disponible en <https://www.elcontribuyente.mx/noticia/965/-los-claroscuros-del-beps-para-america-latina>, consulta 6 de marzo de 2016]
- VOGEL, Klaus: *Double Taxation Conventions – a Commentary to the OECD- UN- and US Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation on Income and Capital with Particular Reference to German Treaty Practice*. Third Edition. London: Kluwer Law International. 1997.
- VOGEL, Klaus: Worldwide vs. Source Taxation of Income – A Review and re-evaluation of Arguments (1998), en *Intertax*, vol 16, n 8-9 pgs 216 – 229.
- WEI, Shang-Jin. How taxing is corruption on International investors? En *The Review of economics and Statistics*, Vol. 72, n.1, Febrero de 2000 <http://users.nber.org/~wei/data/wei2000a/wei2000a.pdf>
- WILKINS, William J y GIDEON, Kenneth W.: Memorandum to Congress: You Wouldn't like Worldwide Formula Apportionment. En *Tax Notes*, 65, 1259, 5 de diciembre de 1994
- WILSON, John Douglas: Theories of Tax Competition [en línea]. En *National Tax Journal* 52, 269-304. 1999. Disponible en <http://www.socsci.uci.edu/~jkbrueck/course%20readings/Econ%20272B%20readings/wilson%20ntj.pdf>
- WHEELER, D. y MODY, A. (1992): International investment location decisions: the case of U.S. Firms. *Journal of International Economics*, 33, 57-76.

Ubaldo González de Frutos

Bibliografía

WORLD BANK. *GDP per capita, PPP (current international \$)*. [en línea, disponible en http://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.PCAP.PP.CD?order=wbapi_data_value_2014+wbapi_data_value+wbapi_data_value-last&sort=desc consulta 28 de marzo de 2016]